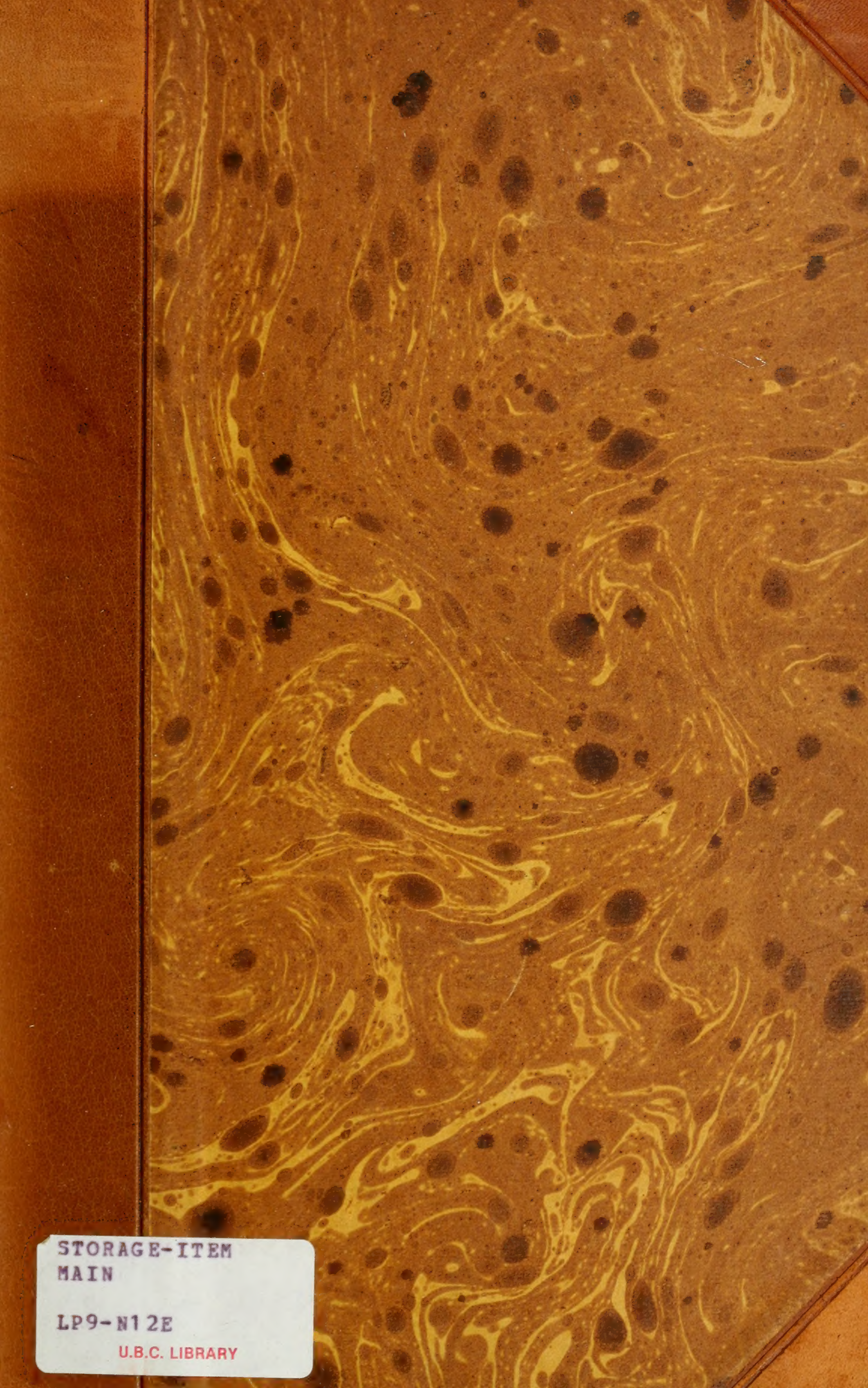
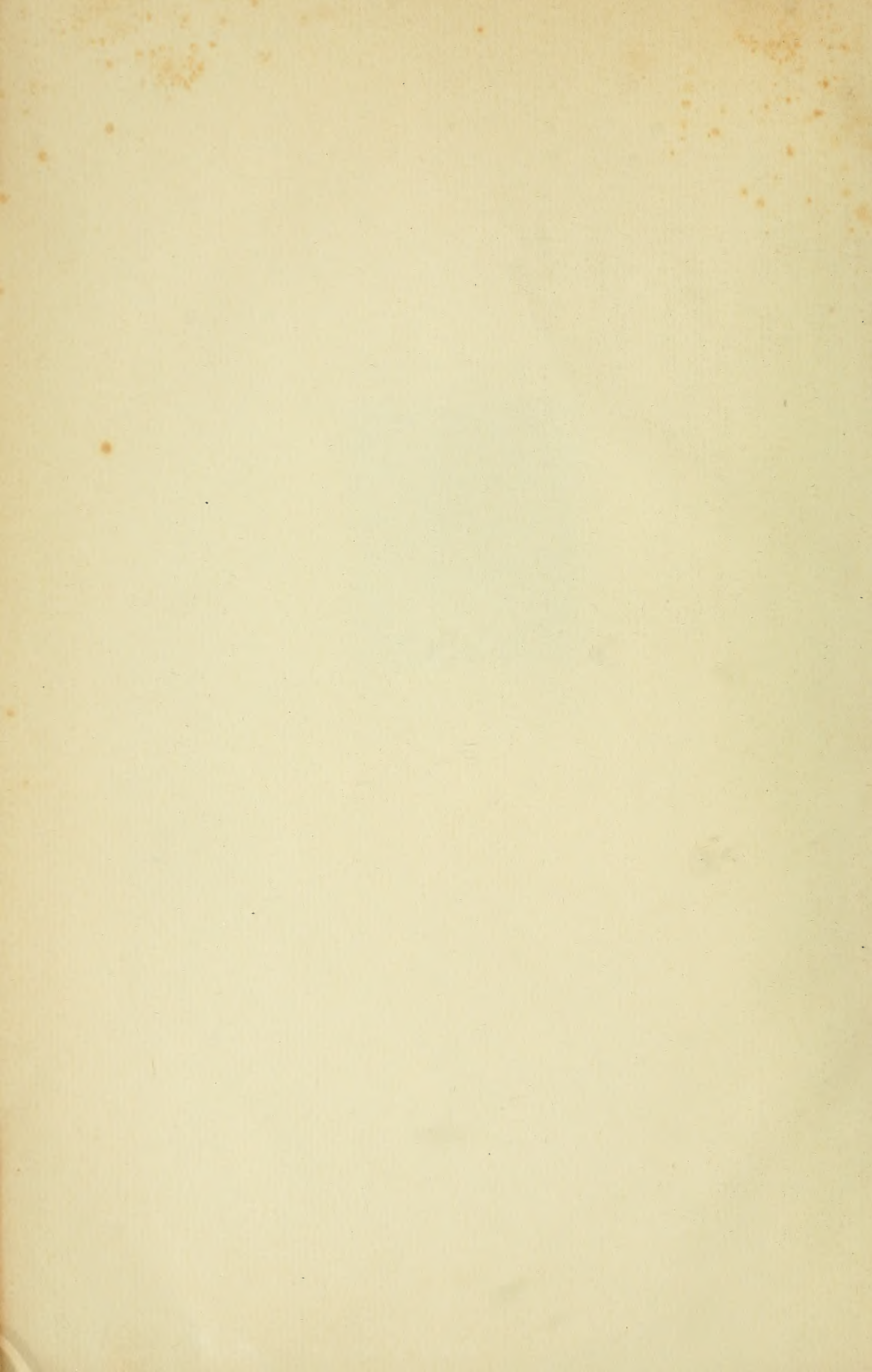

STORAGE-ITEM
MAIN
LP9-N12E
U.B.C. LIBRARY



ALLGEMEINE STAATSLEHRE

VON

HANS KELSEN



BERLIN
VERLAG VON JULIUS SPRINGER
1925

In Kunst und Wissenschaft sowie im Tun und Handeln kommt alles darauf an, daß die Objekte rein aufgefaßt und ihrer Natur gemäß behandelt werden. Goethe

DEM ANDENKEN MEINES VATERS



Vorrede.

Diese Schrift war ursprünglich als ein kurzgefaßter Grundriß gedacht, in dem ich die Probleme der Allgemeinen Staatslehre — rein systematisch und ohne jedes dogmen- und literarhistorische Beiwerk — von jenem Standpunkte aus darzustellen beabsichtigte, den ich in meinen an dem Gedanken methodischer Reinheit orientierten Arbeiten gewonnen habe. Wenn sie dennoch zu einem verhältnismäßig umfangreichen Werke geworden ist, so liegt das vor allem daran, daß ich bei fortschreitender Arbeit immer deutlicher empfand, wie wenig ich berechtigt sei, meine eigenen Anschauungen vorzutragen, ohne zugleich auch die — ziemlich abweichenden — Lehrmeinungen anderer wenigstens in ihren Grundzügen zu formulieren. Dies darum, weil das Buch auch den Zwecken des Hochschulstudiums dienen soll; und insbesondere: weil meine eigene Lehre auf volles Verständnis vielleicht gerade dann rechnen kann, wenn sie sich der bisher entwickelten Theorie vom Staate gegenüberstellt.

Solche Konfrontation will gewiß nicht geschehen, nur um — in dem Abstand zwischen den hier gewonnenen und früheren Forschungsergebnissen — eine Eigenart eigensinnig zu betonen; sondern beinahe im Gegenteil: um die gerade Linie der Entwicklung zu zeigen, die — trotz alles Gegensatzes — zwischen den Aufstellungen meiner Lehre und den Behauptungen jener Autorität liegt, die man in einer etwas ungenauen, aber immerhin gestatteten Vereinfachung als „herrschende Lehre" bezeichnet. Jetzt, da ich, die Resultate meiner monographischen Vorarbeiten zusammenfassend und ergänzend, ein System der Allgemeinen Staatslehre versuche, sehe ich deutlicher als früher, wie sehr meine eigene Arbeit auf der großer Vorgänger ruht; fühle ich mich inniger als bisher jener Richtung staatstheoretischer Erkenntnis eingegliedert, als deren bedeutendste Vertreter in Deutschland Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband und Georg Jellinek genannt werden müssen. Sie zielt — in Abkehr von einer nebulosen Staatsmetaphysik — auf eine Theorie des positiven Staates, das heißt aber auf eine streng juristische und nicht politisch gefärbte Staatslehre. Sie ist ein Teil der großen sozialwissenschaftlichen Bewegung, die — in voller Parallele zu einer analogen Entwicklung auf naturwissenschaftlichem Gebiete — gerichtet gegen die naturrechtliche Spekulation des XVIII. und gestützt auf die historische Schule des ersten Drittels des XIX. Jahrhunderts, eine Theorie wie der wirklichen Gesellschaft (Soziologie), so des positiven Rechtes anstrebt. Ihre Methode ist — mehr oder weniger bewußt, mehr oder weniger konsequent — bestimmt durch Kants Vernunftkritik: Dualismus von Sein und Sollen; Ersetzung metaphysischer Postulate und Hypostasen durch transzendentale Kategorien als den Bedingungen der Erfahrung; Umwandlung absoluter, weil qualitativer und transsystematischer Gegensätze innerhalb einer und derselben Disziplin in relative, quantitative, intrasystematische Differenzen; Aufstieg aus der subjektivistischen Sphäre des Psychologismus in den Bereich logisch-objektiver Geltung: Das sind einige wesentliche Momente dieser Methode. Es sind die entscheidenden Richtlinien meiner rechtstheoretischen Arbeit. Wenn ich die Rechtsordnung als ein System von Normen, den Staat aber als Rechtsordnung erkenne, und demgemäß innerhalb rechts- oder staatswissenschaftlicher Er-

kenntnis gegenüber den immer wiederkehrenden Versuchen kausalwissenschaftlicher Orientierung streng an dem normativen Standpunkte festhalte; wenn ich an Stelle der metaphysischen Staatsidee einen transzendentalen Staatsbegriff setze und weiterhin die Grenze zwischen dem möglichen oder wirklichen (positiven) und dem „richtigen“ oder „wahren“ Gehalt der staatlichen Ordnung, das heißt aber zwischen Politik und Staatsrecht auf das schärfste hervorhebe; wenn ich die alle Einheit des Rechtssystems vernichtenden, weil absolute Gegensätze konstituierenden Unterscheidungen des öffentlichen von dem privaten, des objektiven von dem subjektiven Rechte, der Rechtsnorm von dem Rechtssubjekt, der Rechtserzeugung von der Rechtsanwendung, und andere als solche aufhebe, um sie nur als rechtsinhaltliche Differenzen innerhalb des in seiner Einheit unberührbaren Systems gelten zu lassen; wenn ich nur nach der objektiven Bedeutung der Rechtsakte frage und nicht nach ihrem subjektiven Sinn, so setze ich mich zwar in vielen Einzelheiten zu namhaften Autoren in starken Widerspruch. Aber ich glaube dabei doch nur Keime entwickelt zu haben, die schon allenthalben in der Wissenschaft von Staat und Recht geschlummert. Dadurch, daß ich die etwas entlegene Provinz der Rechtswissenschaft mit dem befruchtenden Zentrum aller Erkenntnis, der Philosophie, in einen engeren Kontakt bringe und dadurch die Möglichkeit gewinne, den Zusammenhang der rechts- und staatswissenschaftlichen Probleme mit den großen Fragen anderer Wissenschaften aufzuzeigen, glaube ich nur die unvermeidliche Entwicklung innerhalb meiner engeren Fachdisziplin beschleunigt zu haben.

Auch an dem Punkte, wo meine Darstellung am augenfälligsten von dem üblichen Schema abweicht, in der Systematik, bin ich mir bewußt, nur einer immanenten Tendenz der Wissenschaft gefolgt zu sein. Ich hielt für meine Aufgabe, die bisher unter dem Namen einer Allgemeinen Staatslehre behandelten Gegenstände aus einem einzigen Grundprinzipe: aus dem Gedanken des Staates als einer normativen Zwangsordnung menschlichen Verhaltens, heraus zu entwickeln. In demselben Maße, als mir dies gelungen ist, glaube ich statt eines künstlichen, das natürliche System, an Stelle eines mehr oder weniger nur äußerlich und lose verknüpften Fragenkomplexes einen inneren und so wahrhaft systematischen Sachzusammenhang hergestellt zu haben. Die Aufdeckung dieses Zusammenhanges aber bestätigt zugleich die Wahrheit des tragenden Grundprinzipes selbst: In ihrer systematischen Kraft bewährt sich die normative Idee.

Da sich die Probleme der Allgemeinen Staatslehre durchgehend als Probleme der Geltung und Erzeugung einer spezifischen Ordnung und sohin als Rechtsprobleme darstellen, wird der Unterschied von Statik und Dynamik zum systematischen Leitgedanken. Man wird ihn, wie ich hoffe, ohne allzu große Pedanterie durchgeführt finden. Wo sich — in einem historisch gegebenen Tatbestand — das statische und das dynamische Moment vermengen, wie zum Beispiel in der Lehre von der Zentralisation und Dezentralisation, hat die Darstellung darauf verzichtet, beide Gesichtspunkte äußerlich zu trennen; auch auf die — in keinem System ganz zu vermeidende — Gefahr hin, dabei erst später zu entwickelnde Gedankengänge voraussetzen zu müssen. Die neue Systematik löst manches Objekt aus dem üblichen Zusammenhange und läßt sein Wesentliches unter anderen als den gewohnten Gesichtspunkten erscheinen. Daraus ergibt sich das Bedürfnis nach Wiederholungen. Diese habe ich nicht ängstlich gescheut, um den Gebrauch des Werkes — insbesondere mit Rücksicht auf didaktische Zwecke — zu erleichtern. Auch der Wunsch, gewisse durch die Besonderheit des Systems erst enthüllte Beziehungen durch Beispiele möglichst nachdrücklich zu illustrieren, mag entschuldigen, daß mitunter derselbe Gegenstand mehrfache Behandlung findet.

An meiner ursprünglichen Absicht, die Entwicklung der Theorie des Staates nicht durch dogmengeschichtliche und literarhistorische Ausführungen zu belasten, habe ich grundsätzlich festgehalten. Ich glaubte dies um so eher tun zu dürfen, als

das große Werk Georg JELLINEKS, von Walter JELLINEK musterhaft fortgeführt, in dieser Richtung allen wissenschaftlichen Bedürfnissen vollauf entspricht. Bei der Darstellung der herrschenden Lehre habe ich mich an die prominentesten Autoren, so insbesondere: GERBER, BLUNTSCHLI, LABAND, REHM, Otto MEYER, GIERKE, FLEINER, HATSCHEK, Richard SCHMIDT und andere gehalten. Daß ich dabei gerade auf Georg JELLINEKS Allgemeine Staatslehre mehr als auf jedes andere Werk gewiesen war, ist selbstverständlich. Denn dessen dauerndes Verdienst ist die vollendete Zusammenfassung der Staatslehre des XIX. Jahrhunderts. Es liefert in der Mehrzahl der Fälle das, was heute als die durchschnittliche Schulmeinung gelten kann. Soweit ich diese benötigte, fand ich in dem standard work meines unvergeßlichen Lehrers eine wesentliche Unterstützung.

Was die Art und Weise betrifft, in der ich die herrschende Lehre meiner eigenen Theorie gegenüberstelle, so war ich im allgemeinen bestrebt, die Formulierungen der in Betracht kommenden Autoren, soweit als möglich, wörtlich wiederzugeben. Da es mir jedoch nicht darum zu tun war, mich mit Sondermeinungen im einzelnen auseinanderzusetzen, und ich auch persönliche Polemik vermeiden wollte, habe ich nur das Typische, für eine allgemein oder auch nur weit verbreitete Lehre Charakteristische herausgehoben und auf die Wiedergabe der besonderen Nuancen verzichtet, in der die — von mir ja abgelehnte — Lehrmeinung im Gedankensystem des einzelnen Autors auftritt. Den Namen des von mir gewählten Repräsentanten habe ich im Text genannt und überdies in einem besonderen Anhang die erforderlichen Belegstellen ausführlich zitiert; so daß der aufmerksame Leser selbst beurteilen kann, bis zu welchem Grade sich die besondere Haltung des von mir als typisch genommenen Autors mit der von mir als durchschnittliche Schulmeinung behandelten Lehre deckt. In diesem Anhang habe ich auch — und zwar fortlaufend von Paragraph zu Paragraph — im Texte selbst nicht berücksichtigte, aber mir für die Durchschnittsmeinung bezeichnend scheinende Stellen aus den Werken führender Gelehrter wiedergegeben. Hier habe ich insbesondere auf solche Schriften verwiesen, die auf meine eigene Anschauung von Einfluß waren. Gerade nach dieser Richtung glaubte ich mich auch auf meine früheren Publikationen berufen zu dürfen, in denen ich meine Quellen — Freunde und Gegner — ausführlicher angegeben habe, als dies hier nötig war, wo ich zum Teil schon Gesagtes wiederholte.

Von meiner Lehre, die ich hier das erstemal in geschlossener Form vortrage, ist vieles heute schon ausdrücklich anerkannt und mehr noch stillschweigend übernommen. Daneben habe ich, wie nicht anders zu erwarten, auch heftige Angriffe erfahren. Auf sie bei diesem Anlaß zu erwidern, schien mir nicht geboten. Im allgemeinen wird mir ja zugestanden, daß meine Theorie in der Kritik Zutreffendes geleistet habe; doch wird gelegentlich bezweifelt, daß sie hinreichende Grundlage für ein positives System sein könne. Eine Antwort darauf möchte ich versuchen. Und die Antwort ist dieses Buch.

Wien, im Mai 1925. **Hans Kelsen.**

Inhaltsverzeichnis.

Erstes Buch.

Das Wesen des Staates.

Erstes Kapitel:

Staat und Gesellschaft.

(Staatslehre als Soziologie.)

Zweites Kapitel:

Staat und Moral.

(Staatslehre als Politik.)

Drittes Kapitel:

Staat und Recht.

(Staatslehre als Staatsrechtslehre.)

Zweites Buch.

Die Geltung der Staatsordnung.

(Statik.)

Viertes Kapitel:

Die Geltung der Rechtsordnung.

(Die Lehre von der Staatsgewalt und ihren Eigenschaften.)

Fünftes Kapitel:

Der Geltungsbereich der Staatsordnung.

(Die Lehre vom Staatsgebiet und Staatsvolk.)

Sechstes Kapitel:

Die räumliche Gliederung des Staates.

(Die Lehre von der Zentralisation und Dezentralisation, sowie von den Staatenverbindungen.)

Drittes Buch.

Die Erzeugung der Staatsordnung.

(Dynamik.)

Siebentes Kapitel:

Die Erzeugungsstufen.

(Die Lehre von den Gewalten oder Funktionen des Staates.)

Seite

Achtes Kapitel:

Die Erzeugungsorgane.

(Die Lehre von den Staatsorganen.)

Neuntes Kapitel:

Die Erzeugungsmethoden.

(Die Lehre von den Staatsformen.)

Anhang.

Erstes Buch.

Das Wesen des Staates.



Erstes Kapitel.

Staat und Gesellschaft.
(Staatslehre als Soziologie.)

§ 1. Die Bedeutung des Wortes „Staat".

Das Wort, das den Gegenstand der Allgemeinen Staatslehre bezeichnet, führt ein geistreicher Sprachkritiker als Beispiel dafür an, daß zum Hauptwort einer Wissenschaft genommen werde, was vorher seinen Inhalt verloren habe; das leerste Wort sei das brauchbarste; wie ein Kürbis zur Flasche werde, nachdem der natürliche Inhalt herausgenommen sei (MAUTHNER). Man muß sich zu diesem Paradoxon nicht in Widerspruch setzen, wenn man vom Standpunkte der Fachdisziplin behauptet, daß hier nicht so sehr der Mangel an Bedeutung den Sprachgebrauch erleichtert, als vielmehr die Überfülle von Bedeutungen den Gebrauch des Wortes „Staat" erschwert, ja beinahe unmöglich macht. Der vielfach unbefriedigende Stand der wissenschaftlichen Staatslehre ist nicht zuletzt auf diese Vieldeutigkeit ihres Hauptwortes zurückzuführen. Denn es handelt sich dabei keineswegs darum, daß — wie dies so häufig der Fall ist — die wissenschaftliche Begriffsbildung sich einem unsicher schwankenden, vulgären Sprachgebrauch entgegenstellt, um ihn zu überwinden. Es ist vielmehr die beispiellose Uneinigkeit der wissenschaftlichen Terminologie selbst, durch die jede Theorie des Staates so problematisch wird. Daß aber auch innerhalb des Bereiches der Wissenschaft die Bedeutung des Wortes „Staat" bisher auch nicht einmal annähernd fixiert werden konnte, hat seinen Grund wohl hauptsächlich darin, daß sein Gegenstand mehr als irgendein anderes Objekt sozialwissenschaftlicher Betrachtung die persönlichen Interessen des Forschers berührt, so daß gerade diesem Gegenstande mehr als irgendeinem anderen gegenüber Wesenserkenntnis in Werturteil abgelenkt zu werden droht. Weil eine Untersuchung des Staates leicht einem von vornherein erwünschten Resultate zustrebt, nimmt das Wort, das den Gegenstand der Untersuchung bezeichnet, unversehens jene Bedeutung an, auf die das erstrebte Ergebnis paßt; so daß diese neue Bedeutung zu der ursprünglich angenommenen in Widerspruch gerät, weil diese letztere eine mit der gegnerischen Wertanschauung gemeinsame Position darstellt. Ein Wertkonflikt ist ja nur über dasselbe Wertobjekt sinnvoll.

So ist es denn nicht zu verwundern, daß sich schon bei einer oberflächlichen Sichtung des wissenschaftlichen Sprachgebrauches weit mehr als ein Dutzend voneinander höchst verschiedener Bedeutungen des Wortes „Staat" feststellen lassen. Eine der geläufigsten ist jene, derzufolge mit „Staat" das Ganze aller sozialen Phänomene, die Gesellschaft im Sinne einer organischen Totalität und in bewußtem Gegensatze zu einzelnen Teilerscheinungen bezeichnet wird. Es ist nur eine Spielart des extensiven Gebrauches dieses Begriffes, wenn man neuestens versucht hat, „Staat" schlechthin mit der Gesamtheit des historischen Geschehens zu identifizieren, indem man — mehr geistreich als wissenschaftlich-exakt — den Staat als die Geschichte im Stillstand und demgemäß die Geschichte als den Staat im Fluß be-

zeichnet (SPENGLER). Dagegen findet sich auch das Wort „Staat" in dem Sinne eines bloß besonderen Tatbestandes, der neben anderen die Welt des Sozialen bildet, so daß Gesellschaft den weiteren, Staat den engeren Begriff darstellt. Sehr häufig läßt man aber beide Begriffe auseinanderfallen und stellt den Staat in einen Gegensatz zur Gesellschaft. Doch ist der Sinn dieses Gegensatzes keineswegs eindeutig bestimmt. Zwar ist es meist der Gegensatz von Freiheit und Zwang, in den man den Gegensatz von Gesellschaft und Staat einstellt. Allein die beiden letzteren wechseln dabei sehr häufig die Rollen. Einmal ist es nämlich der Staat, der als Zwangsordnung und sohin als Übel, wenn auch als notwendiges Übel, der Gesellschaft als dem freien Spiel der Kräfte und sohin als dem — wenn vielleicht auch nicht ganz erreichbaren — Ideal völliger Harmonie entgegengesetzt wird. Das andere Mal ist es aber gerade wieder umgekehrt der Staat, der als der Ausdruck der „wahren", sittlichen Freiheit, nämlich der Freiheit des Gesetzes, als Ideal, der Scheinfreiheit der Anarchie, die in Wahrheit Sklaverei sei, als dem sozial Bösen, gegenübertritt. Als Prinzip der Freiheit wird der Staat auch in der Weise dargestellt, daß man ihn entweder als den notwendigen Schutz für die Freiheit des Einzelnen erklärt, der sonst der Herrschaft des jeweils Stärkeren verfallen wäre, oder in der Weise, daß man Freiheit nur im Staate und durch den Staat gelten läßt, sofern Freiheit die Beteiligung an der staatlichen Willensbildung ist. Der „Staat" wird hier zum Symbol des altruistisch-universalistischen, die „Gesellschaft" zum Ausdruck des egoistisch-individualistischen Prinzips. Beide spielen so abwechselnd die Rolle der civitas dei und der civitas diaboli des heiligen Augustinus und führen demgemäß bald den Charakter der Realität, bald den der Idealität bei sich.

Nicht nur in Beziehung zum Begriff der Gesellschaft tritt der des Staates in so verschiedener Bedeutung auf. Auch innerhalb der auf das Teilphänomen beschränkten sozialwissenschaftlichen Spezialdisziplin der Staatslehre schwankt die Bedeutung des Wortes von einem Extrem zum anderen. Staat gilt als Ausdruck für das Ganze des — üblicherweise aus „Elementen" zusammengesetzt vorgestellten — Objekts im Gegensatz zu seinen Teilen; und zugleich identifiziert sich das Wort mit jedem einzelnen dieser drei Elemente: als „Staat" bezeichnet man die spezifische Gewalt gewisser Gemeinwesen, vom „Staat" spricht man und meint damit nur ein Volk, und mit „Staat" apostrophiert man ein bestimmtes Gebiet. Und so wie „Staat" auf der einen Seite der Inbegriff aller Organe heißt, wird derselbe Ausdruck auf der anderen Seite wieder nur für bestimmte Organe, etwa nur für die sogenannte Regierung verwendet. In dem Herrschaftsverhältnis, als das man den Gegenstand der Staatslehre mitunter vorstellt, bezeichnet man sowohl das Verhältnis als solches, als auch jedes seiner Glieder als Staat: das Subjekt der Herrschaft ebenso wie das Objekt; man läßt den Staat herrschen und man läßt ihn beherrscht werden. Man sieht den Staat wesentlich als Person und zugleich ebenso wesentlich als Sache, d. h. als Subjekt wie als Objekt einer Funktion. Und wiederum nur als Subjekt ganz bestimmter Funktionen, so wenn vom Staat nur als Fiskus die Rede ist; ja mitunter wird sogar behauptet, daß vom Staat als Person überhaupt nur in diesem Sinne gesprochen werden könne. Die französische Bezeichnung für Staat, Etat, im Deutschen ein geläufiges Fremdwort, bedeutet hier schlechthin nur Staatsvoranschlag, Staatsfinanzen. — Man erklärt den Staat das eine Mal spezifisch als Funktion, das andere Mal spezifisch als Substanz, indem in ihm bald das dynamische, bald das statische Moment betont wird. Denen der Staat als das höchste Gemeinwesen erscheint, gilt Souveränität als sein wesentlichstes Merkmal. Andere wieder lassen als „Staat" auch solche Gemeinwesen gelten, die höheren, umfassenderen Körperschaften eingegliedert sind, suchen ihn aber von bloßen Selbstverwaltungskörpern, autonomen Provinzen zu scheiden; ja mitunter, besonders im älteren Sprachgebrauch wird der Ausdruck „Staat" sogar für durchaus autokratisch und zentralistisch regierte Provinzen verwendet. Auch Stände als solche führen gelegentlich den Titel „Staaten" oder General-

staaten. Und häufig ist von „Hof-Staat“ als der — verschiedentlich graduierten — Dienerschaft eines Monarchen die Rede.

Ebenso wie im Verhältnis zum Begriff der Gesellschaft schwankt die Bedeutung des Staatsbegriffes zu dem des Rechtes. Das eine Mal erscheint der Staat als Voraussetzung und Garant des Rechtes, das andere Mal das Recht als Voraussetzung des Staates; dieser gegenüber jenem bald als der weitere, bald als der engere Begriff. Meist tritt der Staat als eine Realität, als ein Sein, dem Recht als einer Norm, einem Sollen, gegenüber; doch erscheint mitunter auch das Recht als ein soziales Sein, der Staat aber als eine Norm, sei es als positive Norm im Gegensatz zu einem Naturrecht, sei es als Ausdruck ethisch-politischer Postulate gegenüber dem positiven Rechte. Mit dem Worte Staat kann die Totalität der Rechtsordnung, es kann aber auch die — personifizierte — Einheit dieser Ordnung, somit also ein logisches Prinzip, es kann aber auch nur die positivrechtliche Grundlage der Rechtsordnung, nämlich die Verfassung als „Staat“ bezeichnet werden. Dabei ist die Tendenz festzustellen, nur eine bestimmte Verfassung als „Staat“ gelten zu lassen; sei es nur eine demokratische, sei es nur eine autokratische. Speziell in dem Gegensatz von Staat und Recht tritt häufig als „Recht“ eine mehr demokratische, als „Staat“ eine autokratische Ordnung auf. Die Unterwerfung des „Staates“ unter das „Recht“ bedeutet meist gar nichts anderes, als die Umwandlung der autokratischen in eine demokratische Rechtserzeugung. Von großer Bedeutung ist, daß das Wort Staat einmal in einem formalen, das andere Mal in einem durchaus materiellen Sinne verwendet wird, somit bald einen Rechtswesens-, bald einen Rechtsinhaltsbegriff darstellt (Somló).

Angesichts dieser Sachlage können die Ergebnisse keiner Staatstheorie, von welchem Standpunkt immer sie entwickelt wird, den Staat schlechthin betreffen, können sie niemals allseits befriedigen. Stets werden sie auf irgendeinen der vielen „Staaten“, richtiger: auf irgendeinen der vielen als „Staat“ bezeichneten Gegenstände nicht zutreffen, den der eine oder andere Autor besonders im Auge hat. Angesichts der beinahe schrankenlosen Vieldeutigkeit des Wortes Staat muß es aber auch als gänzlich aussichtslos bezeichnet werden, einen Kampf um den Staatsbegriff etwa mit dem Ziele zu führen, nur eine einzige der angeführten — und leicht noch vermehrbaren — Wortbedeutungen als die richtige, die allein zulässige zu erweisen. Bei der Darstellung einer Allgemeinen Staatslehre kann es vielmehr nur darauf ankommen, durch eine Analyse der unter dieser Disziplin üblicherweise behandelten Probleme jenen Begriff des Staates festzustellen, der diesen Problemen, sei es allen oder doch den meisten, prominentesten von ihnen, zugrunde liegt: den Staatsbegriff, den die Lehren von der Staatsgewalt, dem Staatsgebiet, dem Staatsvolk, der Staatsverfassung, der Staatsform, dem Staatsorgan, der Staatenverbindung usw. voraussetzen. Es gilt, den Staatsbegriff der Allgemeinen Staatslehre zu bestimmen. Und das ist nur unter der Bedingung möglich, daß das Faktum dieser Wissenschaft als solches, daß diese Wissenschaft als Einheit eines bestimmten Problemkomplexes, so wie er sich historisch entwickelt hat, hingenommen wird, und nur mit dem Ergebnis, daß die zweckmäßigste, d. h. eben nur für diesen historisch gegebenen Problemkomplex zweckmäßigste Wortbedeutung zum Begriff erhoben wird. Man kann, ohne kritiklosem Dogmatismus zu verfallen, hoffen, daß ein solcher Versuch nicht ergebnislos ende. Andernfalls müßte man eingestehen, daß es — mangels eines einheitlichen Objektes — keine Allgemeine Staatslehre als einheitliche Disziplin gibt. Doch verschlägt es nichts, wenn sich schließlich nicht gerade ein einziger, sondern mehrere, aber miteinander innerlich verbundene Begriffe des Staates ergeben.

§ 2. Staatssoziologie und Staatsrechtslehre.

Die Frage nach dem Wesen des Staates ist untrennbar verbunden mit der Frage nach dem Begriffsverhältnis zwischen Staat und Gesellschaft einerseits, Staat und Recht andererseits. Beide Relationen lassen sich — wie das folgende zeigt — nicht gegeneinander isolieren.

Daß Staat und Recht zwei verschiedene Wesenheiten seien, kann als die herrschende Lehrmeinung aller mit diesen Gegenständen befaßten Wissenschaften angesehen werden. Wie sehr auch die Anschauungen über die Natur der beiden Erkenntnisobjekte und ihre gegenseitigen Beziehungen im einzelnen auseinandergehen mögen, im großen und ganzen schwanken die verschiedenen heute maßgebenden Theorien doch um einen gemeinsamen festen Kern, der sich etwa dahin formulieren läßt, daß der Staat, als ein Verband von Menschen, unter die Kategorie der Gesellschaft fällt, und, sofern man die Gesellschaft als einen spezifischen Kausalzusammenhang ebenso wie die Natur oder als ein Stück der Natur begreift, von irgendeiner psychischen oder auch physischen Realität, im Sinne einer natürlichen Realität, ist, während das Recht, als ein Inbegriff von Normen, d. h. von Soll-Sätzen, den Charakter einer gewissen Idealität, sei es auch — als positives Recht — nur einer relativen Idealität, behauptet.

Stellt man Staat und Recht in den Gegensatz von Sein und Sollen ein, der ein Gegensatz der Betrachtungsrichtungen, ein Gegensatz der Erkenntnismethoden und sohin der Erkenntnisgegenstände ist, so ist es nur konsequent, wenn man — wie dies auch geschieht — eine soziologisch und zwar kausalwissenschaftlich orientierte Staatslehre von einer — wenn der Pleonasmus gestattet ist — juristisch, d. h. normativ orientierten Rechtslehre prinzipiell unterscheidet. Die eine fragt, wie sich die Menschen tatsächlich verhalten und welche Ursachen ihr Verhalten bestimmen, nach welchen Naturgesetzen es sich regelt — und glaubt dabei, sich des spezifischen Gegenstandes „Staat" bemächtigen zu können. Die andere fragt, wie sich die Menschen verhalten sollen, und zwar von Rechts wegen, von positiven Rechts wegen verhalten sollen, aus welchem Grunde sie sich so und nicht anders verhalten sollen, gelangt so von besonderen zu immer allgemeineren Rechtsgesetzen und damit zur Bestimmung ihres spezifischen Gegenstandes, des Rechtes, als eines von dem Kausalzusammenhang der Natur (oder naturhafter Gesellschaft) verschiedenen, eigengesetzlichen Systemzusammenhanges.

Diese aus der soeben charakterisierten Annahme eines Wesensunterschiedes zwischen Staat und Recht als zweier verschiedener Gegenstände sich notwendig ergebende Scheidung einer (soziologischen) Staatslehre und einer (juristischen) Rechtslehre wird aber dadurch widerspruchsvoll wieder aufgegeben, daß man den Staat — und zwar denselben Gegenstand, für den man, weil er vom Rechtswesen verschieden sei, eine von der Rechtslehre verschiedene kausalwissenschaftlich orientierte Staatslehre konstituieren zu müssen glaubt — doch auch als Gegenstand der normativ orientierten, d. h. auf Rechtsnormen gerichteten Rechtslehre gelten läßt. Zu der Staatssoziologie, der kausalwissenschaftlich erkennenden Soziallehre vom Staat, tritt die normative Staatsrechtslehre. Über die methodologische Unmöglichkeit, ein und denselben Gegenstand von zwei Wissenschaften erfassen zu lassen, deren Erkenntnisrichtungen voraussetzungsgemäß gänzlich auseinanderfallen, deren Erkenntnisobjekte daher nicht identisch sein können, täuscht man sich mit der höchst oberflächlichen Vorstellung hinweg: Der Staat ist eben ein Ding mit zwei Seiten, einer der kausalwissenschaftlichen Erkenntnis zugänglichen Natur-Seite und einer der normativ-juristischen Erkenntnis zugewandten Rechts-Seite; wobei das im Kausalnexus der Natur stehende Wesen des Staates meist mit dem Staat als Macht-Faktor identifiziert wird und der Gegensatz von Natur und Recht hier auch die Bedeutung des Gegensatzes von Macht und Recht annimmt. Diese Zweiseiten-

Theorie des Staates muß zur Zeit als die herrschende angesehen werden. Sie scheitert an der erkenntnistheoretischen Einsicht, daß die Identität des Erkenntnisgegenstandes nur durch die Identität des Erkenntnisprozesses, das heißt die Identität der Erkenntnisrichtung, die Identität der Erkenntniswege gewährleistet ist

Näherem Zusehen kann auch nicht verborgen bleiben, daß die Staatsrechtslehre, die sich so mit der Staatssoziologie zu einer methodologisch höchst fragwürdigen Wissenschaft der Allgemeinen Staatslehre verbindet, der weitaus bedeutendste, jedenfalls der gehaltvollste Bestandteil dieser Disziplin ist, die die Einheit ihres Gegenstandes durch die bewußt postulierte Zweiheit ihrer Methoden, die grundsätzliche Verschiedenheit der Blickrichtung und Fragestellung — und damit sich selbst — aufhebt. Da Gegenstand einer Rechtslehre nur Recht sein kann, müßte der Staat Recht und nur Recht sein, um zum Gegenstande einer Rechtslehre gemacht werden zu können. Ob der Staat dann die Rechtsordnung als Ganzes oder nur eine Teilrechtsordnung ist, kommt hier zunächst nicht in Frage. Von jenem Gegensatz zwischen Staat und Recht, der die heutige Theorie beherrscht, kann jedenfalls keine Rede sein. Auch dann nicht, wenn man sich etwa hinter die Formel zurückziehen wollte, die Staatsrechtslehre behandle diejenigen Rechtsnormen, die den Staat zum Inhalt haben, die Einrichtung des Staates, das Verhalten des Staates regeln, so wie etwa die Privatrechtslehre die Rechtsnormen zum Gegenstand hat, die das Verhalten der Einzelmenschen regeln, ohne daß dadurch der Mensch als Objekt der kausalwissenschaftlichen Biologie oder Psychologie in Frage gestellt würde. Ganz abgesehen davon, daß dann eine Ergänzung der Staatsrechtslehre durch eine Staatssoziologie nicht sinnvoller wäre als eine Verbindung der Privatrechtslehre mit der Biologie und Psychologie des Menschen zu einer einheitlichen Wissenschaft — darf nicht übersehen werden, daß es nicht der durch Biologie und Psychologie konstituierte „Mensch" ist, dessen Funktionen den Inhalt der Rechtssätze — als der rechtswissenschaftlichen Urteile — bilden. Wenn schon die traditionelle Jurisprudenz sich bewußt ist, daß es nicht der „Mensch", sondern die „Person" ist, die im Blickfeld juristischer Betrachtung liegt, so kommt darin eben die Erkenntnis zum Ausdruck, daß der biologisch-psychologische „Mensch" und der juristische „Mensch", die Person, verschiedene Einheiten sind, deren Verschiedenheit nur durch eine Äquivokation verdunkelt wird. Nur als einer spezifisch juristischen Person könnte das Verhalten des Staates Inhalt der Rechtsnormen sein. Und da sich die juristische Person (die sogenannte „physische" Person ist nur ein Spezialfall der „juristischen", juristisch gibt es nur „juristische" Personen!) nur als Personifikation von Rechtsnormenkomplexen darstellt (vgl. S. 62ff.), läuft auch die letzterwähnte Formel darauf hinaus, daß der Staat als Gegenstand der Rechtswissenschaft entweder die Rechtsordnung als Ganzes oder eine Teilrechtsordnung sein müsse.

§ 3. Der Staat als soziale Realität.

A. Wechselwirkung.

Indes liegt in der Vorstellung, das Verhalten des Staates könne ebenso zum Gegenstand von Rechtsnormen gemacht werden wie jenes des Menschen, die stillschweigende Annahme, daß der Staat eine Art Mensch sei, d. h. die gleiche natürliche Realität habe wie das Objekt der Bio- und Psychologie. Diese Anschauung, die von der modernen biologisch und vor allem psychologisch orientierten Soziologie übernommen wurde, gilt es nun in den entscheidenden Punkten kritisch zu prüfen.

Daß der Staat eine natürliche Realität sei, versucht man in der Weise zu begründen, daß man die Einheit der Elemente, die der Staat darstellt, als einen Fall der Wechselwirkung, und zwar psychischer Wechselwirkung, begreiflich machen will. Eine Vielheit von Menschen ist dann eine Einheit, wenn diese Menschen miteinander in seelischer Wechselwirkung stehen, d. h. wenn die Seele des einen auf die

des anderen Wirkung ausübt und von ihr Wirkung empfängt (SIMMEL). Es ist klar, daß in solchem Zusammenhange nicht nur alle Menschen untereinander, sondern — sofern man von dem Spezifisch-Psychischen absieht — überhaupt alles mit allem steht, weil dieses Prinzip der Wechselwirkung der synthetische Grundsatz ist, nach dem die Welt naturwissenschaftlich als Einheit begriffen werden kann. Wenn der Staat unter den durch psychische Wechselwirkung zur Einheit verbundenen Objekten besonders charakterisiert werden soll, muß zum Moment der Wechselwirkung noch eines hinzutreten. Dem trägt man dadurch Rechnung, daß man die Behauptung wagt: Es gibt verschiedene Grade von psychischer Wechselwirkung und dementsprechend verschieden feste soziale Verbindungen von Menschen. Der Staat ist jene Art der psychischen Wechselwirkung, bei der die Elemente — das sind die Bürger des Staates — auf das intensivste in seelischer Wechselwirkung stehen, der Staat stellt den stärksten Grad der Wechselwirkung dar. Dahingestellt sei, was man sich eigentlich unter Graden der Wechselwirkung vorzustellen habe. Festgestellt sei bloß, daß eine derartige psychologische, oder wenn man will: sozialpsychologische Bestimmung des Staates mit offenkundigen Tatsachen in Widerspruch steht. Die ein und denselben Staat bildenden, zu ein und demselben Staate gehörigen Menschen stehen untereinander durchaus nicht notwendig und immer in dem Verhältnis intensivster Wechselwirkung, d. h. in einem engeren Wechseltausch ihrer seelischen Energien, als mit irgendwelchen nicht zum Staate gehörigen Individuen. Die Zugehörigkeit zu einer — mit der staatlichen Gemeinschaft nicht zusammenfallenden — Nations-, Religions-, Klassen- oder auch nur Weltanschauungsgemeinschaft schafft in der Regel eine viel engere seelische Bindung, ohne daß aber damit die Einheit des Staates in Frage gestellt wäre. Für eine auf die reale seelische Wechselwirkung gerichtete Betrachtung erscheinen die zu einem und demselben Staate gehörigen Menschen eher als in zahlreiche Gruppen getrennt und mit Menschen anderer Staaten zu den verschiedensten Elementen verbunden. Wenn man trotzdem eine Staatseinheit annimmt, so geschieht dies offenbar auf Grund eines ganz anderen Kriteriums als dem der realpsychischen Wechselwirkung. Es ist zweifellos ein juristisches. Denn die ganze soziologische Problemstellung geht nur dahin, ob die juristisch zu einem Staate Gehörigen — und daß dies die maßgebende Einheit ist, wird stillschweigend vorausgesetzt — auch in jener Wechselwirkung stehen, kraft deren der Staat dann auch als eine real-psychische, soziologische Einheit angesehen werden müßte. Schon diese Problemlage verrät deutlich die Tendenz zur Fiktion, d. h. als Sein zu behaupten, was nur als Sollen begründet werden kann.

Eine Theorie der Wechselwirkung ist aber schon darum nicht geeignet, das Wesen der als Staat bezeichneten sozialen Einheit zu erhellen, weil das Wesen aller sozialen Einheit die „Verbindung" ist, „Wechselwirkung" aber überhaupt nur soweit in Betracht kommen könnte, als durch sie „Verbindung" gestiftet wird. Zweifellos sind aber unter der Kategorie der Wechselwirkung auch solche Beziehungen zu erfassen, die sich soziologisch nicht als Verbindung, sondern als „Trennung" darstellen, wie Haß, Konkurrenz, Kampf usw. Stellt man aber auf das Problem der „Verbindung" ab, dann ist die Doppelbedeutung dieses Terminus wohl zu beachten. Psychologisch bedeutet, daß zwei Menschen miteinander verbunden sind, den bildhaften Ausdruck für die Tatsache, daß die Vorstellung des einen in der Seele des anderen in bestimmter Weise affektbetont ist. Und jener Affekt, bei dessen Vorhandensein man von einer „Verbindung" zwischen zwei Individuen spricht, verläuft durchaus innerhalb der Einzelseele, hat somit streng intraindividuellen Charakter. Alle Psychologie ist eben — weil es nur Einzelseelen gibt — Individualpsychologie. Psychologisch kann daher „Verbindung" niemals jene supraindividuelle Synthese bedeuten, die das Wesen aller sozialen Gebilde, insbesondere aber des Staates, ausmacht. In dieser — von aller Sozialtheorie offenbar intendierten — Bedeutung tritt jene „Verbindung" auf, die durch eine Norm oder ein System

von Normen konstituiert wird, und die in demselben Sinne, in dem sie eine Vielheit von menschlichen Verhaltungen zu einem höheren Ganzen, dem System der Gemeinschaft, verbindet, die Individuen „verbindet", sofern sie sie verpflichtet; und in eben diesem Sinne steht die Gemeinschaft als das System der die menschlichen Verhaltungen beinhaltenden Normen, als Ordnung, über den Individuen, d. h. sie ist eine überindividuelle Wesenheit, deren spezifische Existenzsphäre nicht der Bereich psychischer und daher individual-psychischer Realität, sondern normativer und nur in diesem Sinne überindividueller Idealität ist; und in eben diesem Sinne besteht zwischen „Verband" und „Norm" oder „Ordnung" kein Unterschied, sondern der Verband ist die Ordnung, weil nur in der Ordnung, in den die Ordnung bildenden Normen die Verbindung besteht, als welche sich alles Soziale überhaupt darstellt.

B. Parallelität psychischer Prozesse (Gesamtwille, Massenseele).

Man meint im Bereiche des Psychologischen zu verbleiben und dabei dennoch das Sozial-Überindividuelle zu erfassen, wenn man — als eine Form der gesellschaftlichen Verbindung — als eine reale soziale Einheit — eine Mehrheit von Individuen als Gemeinschaft dann erklärt, wenn irgendeine inhaltliche Übereinstimmung ihres Wollens, Fühlens oder Denkens angenommen werden muß. Man könnte hier von einer Parallelität der psychischen Prozesse sprechen; und eine solche liegt immer vor, wenn von einem „Gesamtwillen", einem „Gemeingefühl", einem Gesamt- oder Gemeinbewußtsein oder -interesse die Rede ist. Gerade den Staat pflegt man auf solche Weise als sozial-psychologische Realität zu charakterisieren, und zwar ist es speziell ein „Gesamtwille", den der Staat, als ein von den Willen und Persönlichkeiten der ihn Bildenden verschiedenes, über diesen ihm untergeordneten Individuen stehendes Wesen, darstellen soll. Doch liegt auch hier offenbar eine Fiktion vor. Hinsichtlich welches Willensinhaltes sollten wohl alle zu ein und demselben Staate gehörigen Menschen übereinstimmen? Solche Übereinstimmungen dürften nur für verhältnismäßig kleine Gruppen und nur in sehr schwankendem Umfange konstatierbar sein. Für eine realpsychologische Untersuchung könnten aber, als einen Gesamtwillen konstituierend, nur jene Menschen in Betracht kommen, die während der Zeit, für die das Phänomen des Gesamtwillens behauptet wird, tatsächlich und aktuell die inhaltlich gleichgerichtete Wollung aufweisen. Es kann sich dabei nur um Erscheinungen handeln, deren sehr ephemerer, stetig intermittierender und auch hinsichtlich ihres Umfanges wellenartig schwankender Charakter zu der Konstanz und dem festen Umfang der dem Staat spezifischen Existenz in auffallendem Gegensatz steht. Dazu kommt, daß dasjenige, was man „Gesamtwillen" nennt, nur der abbrevierende Ausdruck für die Übereinstimmung im Inhalte einer Mehrheit von Individualwillen und durchaus nicht ein von diesen Individualwillen verschiedener überindividueller Wille ist. Die gegenteilige Behauptung — zu der die soziologische wie juristische Theorie stark hinneigt — ist die fehlerhafte Hypostasierung einer gedanklichen Abstraktion und von der gleichen Art wie die unzulässige Annahme einer Massenseele, die auf dem Trugschluß beruht: Weil sich die Individuen in der Masse, d. h. unter der Bedingung gegenseitiger Einwirkung anders verhalten als im isolierten Zustand, muß „Träger" dieses andersartigen und gleichgerichteten Verhaltens der Individuen in der Masse die Masse selbst oder die „Massenseele", und diese Massenseele eine von den Seelen der Einzelindividuen verschiedene Seele sein. Aus einer Bedingung spezifischen Verhaltens der Individuen wird ein selbständiges Ding, aus einer spezifischen Funktion eine Substanz gemacht. Wenn der Staat speziell als ein über den Individualwillen stehender Gesamtwille angesprochen wird, so wird er damit in einem geläufigen Bilde — nach dem das Sollen der Norm als ein von dem subjektiv-psychischen Akt losgelöstes Wollen, als nie objektivierter Wille gleichsam vorgestellt wird — als ein System von

Normen gedacht, die eine Vielheit von menschlichen Verhaltungen zum Inhalte haben und so — und nur so — zur Einheit, zur Einheit eines konstanten und in seinem Geltungsumfang festumgrenzten Systems von Sollsätzen bringen. Über den Individualwillen steht aber der von diesen tatsächlich wesensverschiedene „Wille" der staatlichen Ordnung, sofern durch das räumliche Bild von „Über" und „Unter" das durch die Norm Verpflichtet- oder Verbundensein zum Ausdruck kommt.

C. Motivation (Herrschaft).

Neben dem Typus der Parallelität der psychischen Prozesse versucht man auch jenen der psychischen Motivation zur Begründung der soziologischen Realität des Staates heranzuziehen. Der Staat sei ein Herrschaftsverhältnis, d. h. ein Verhältnis, in dem der Wille des einen zum Motiv für das Verhalten des anderen wird, auf das der erstere Wille gerichtet ist, oder ein — irgendwie qualifizierter — Herrscher selbst, dessen Willen die ihm untertanen (und doch zugleich ihn bildenden?) Individuen bindet, im Sinne von: motiviert. Für eine Wirklichkeitsbetrachtung gibt es nur eine Vielheit von solchen Motivationsverhältnissen, und die Einheit des Herrschenden ist realiter ebensowenig gegeben, wie die der Beherrschten. Nimmt man diese Einheit für den Staat an, setzt man eben voraus, was psychologisch erst untersucht und bewiesen werden müßte, wobei die vorausgesetzte Einheit des Staates offenbar außerpsychologischen und — wie sich stets zeigen läßt — juristischen Charakters ist. Das tritt besonders deutlich in der Vorstellung des Staates als machtvoller Herrscher hervor. Hier wird an die Stelle der die Einheit in der Vielheit allein begründenden, weil ausnahmslosen Geltung der staatlichen Ordnung die keineswegs ausnahmslose, ephemere und intermittierende Wirksamkeit der Vorstellung dieser Ordnung in den Individuen geschoben und diese Wirksamkeit, als eine Art „Kraft", anthropomorph als Herrscher oder Herrschermacht hypostasiert.

Im übrigen muß schon hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß der spezifische Sinn, in dem von der „Herrschaft" einer Person über andere gesprochen wird, mit der kausalen Beziehung, als welche sich das Motivationsverhältnis darstellt, nicht eigentlich erreicht werden kann. Daß eine Ursache eine Wirkung hat, nämlich daß die Willensäußerung des einen ein bestimmtes Verhalten anderer ursächlich bewirkt, ist, im Grunde genommen, mit demjenigen gar nicht gemeint, was die spezifische „Herrschafts"relation ausdrücken will. Sonst könnte man sagen, daß die Spiritusflamme die sich ausdehnende Quecksilbersäule „beherrsche" und damit dasselbe gesagt haben wie mit der Behauptung, daß der Fürst seine Untertanen beherrscht. In dem Gedanken der „Herrschaft" wird aber die Vorstellung wesentlich mit gesetzt, daß der eine befehlen solle, zu befehlen befugt, berechtigt, und der andere zu gehorchen verbunden sei. Es sind nicht die nackten, im Kausalnexus stehenden Seinstatsachen der Äußerung eines Befehles und eines befehlsgemäßen Verhaltens, die im Begriff der Herrschaft Ausdruck suchen. Feinerer Analyse kann der durchaus normative Sinn dieses Begriffes auf die Dauer nicht verborgen bleiben (vgl. S. 99).

D. Die Organismustheorie.

Nimmt man die — eigentlich nur der Veranschaulichung dienende — Metapher, mit der der Staat als „Wille" bezeichnet wird, wörtlich, d. h. im Sinne einer spezifischen außerhalb der Sphäre des Individualpsychischen liegenden, somit sozialpsychischen Realität, dann muß man — wohl oder übel — neben dem „Wollen" auch ein Fühlen und Denken des Staates annehmen. Denn die nach dem Ebenbilde der Individualseele geschaffene Kollektivseele wird wohl nicht als ein nur mit Willensfähigkeit ausgestattetes Fragment bestehen bleiben können. Wie jede Seele aber muß man dann wohl auch die Staatsseele in einem

Körper wohnen lassen, zumal ja die zu einer Staatsseele auf mystische Weise integrierten Individualseelen nicht ohne ihre Körper „zum Staate gehören", „den Staat bilden". Der Staat als beseelter Körper oder als umkörperte Seele nach Art anderer beseelter Organismen: das ist das Ergebnis der organischen Staatstheorie, das ist die zur Mythologie gewordene Hypostasierung. Zu der Sozialpsychologie tritt nun auch die Sozialbiologie. Natürlich kann der Weg, der zu solchem grotesken Resultat führt, auch der umgekehrte sein. Statt zu einer Staatsseele einen Staatskörper hinzuzufingieren, kann man auch, von der Vorstellung ausgehend, daß die mit dem Boden mehr oder weniger verwachsenen, d. h. relativ seßhaften Menschen einen lebenden Körper bilden, diesem Körper eine Seele hinzufügen zu müssen glauben. Allein wie immer man solche Entgleisungen der Organismustheorie — die nichts anderes als eine mißverstandene Metapher ist — beurteilen mag, gegenüber der durchschnittlichen Lehrmeinung hat sie zweifellos den Vorzug der Konsequenz. Diese hält an der realpsychischen Natur des „Staatswillens" fest, macht aber auch nicht die Spur eines Versuches, das Wesen der von ihr angenommenen „Staatsorgane" juristisch zu bestimmen und schreckt dabei dennoch vor der Annahme des Staates als eines Organismus, der in einer Reihe mit den biologischen Organismen steht, zurück. Doch wird über die Organismustheorie noch in anderem Zusammenhang gesprochen werden. (Vgl. S. 267).

Hier sei noch festgestellt, daß — die neuerdings wieder häufiger vertretene — Auffassung des Staates als eines natürlichen Organismus großenteils nur zu dem Zwecke vorgetragen wird, einem höchst subjektiven, ethisch-politischen Räsonnement den Schein „wissenschaftlicher" Objektivität, also womöglich den Charakter naturwissenschaftlicher Erkenntnis zu verleihen. Der typische Gedankengang ist dieser: Man erklärt, die gesellschaftlichen Vorgänge im allgemeinen und den Staat im besonderen vom Standpunkt eines biologischen Naturforschers als einen Naturprozeß objektiv beobachten und die diesen Naturprozeß bestimmenden Naturgesetze feststellen zu wollen; und man behauptet solches darum zu können, weil der Staat ein Lebewesen wie andere biologische Organismen, speziell daß er ein Organismus der gleichen Art sei wie der Mensch; zwar viel größer und mächtiger als dieser, aber doch ein mit Leib und Seele versehenes, sinnlich vernünftiges Lebewesen, das denkt und spricht, liebt und haßt, kämpft und leidet, und dem man gelegentlich nicht nur einen Willen, sondern — wie dem Menschen — Willensfreiheit zuerkennt. Schließlich wirft man auch die Frage nach seinem Geschlecht auf und stellt fest: der Staat ist ein Mann. Eine biologische Begründung dieser verblüffenden Behauptung ist natürlich unmöglich und auch überflüssig. Denn als ihr eigentlicher Sinn ergibt sich ein rein politisches Postulat: wenn man nämlich beachtet, daß das männliche Geschlecht des Staates in Verbindung mit der Annahme behauptet wird, daß weiblichen Geschlechtes — die Kirche sei; so daß man wohl nicht fehl geht, wenn man hinter dieser sozialbiologischen Sexualforschung nichts anderes vermutet, als die rechtspolitische Forderung, das Verhältnis zwischen Staat und Kirche so zu gestalten, daß es der traditionellen Unterordnung der Frau unter den Mann entspricht. Und weil die ganze, angeblich naturwissenschaftliche und darum wertfreie Theorie vom Staat als biologischem Organismus — wie gleich gezeigt werden wird — nur die Maske für gewisse ethisch-politische Werturteile ist, läßt sich diese Art von Sozialbiologie nicht weiter durch die Tatsache beirren, daß die — hier zu einer fingierten Identität gesteigerte — Analogie zwischen dem physisch-psychischen und dem staatlichen Organismus in einem wesentlichen Punkte versagt: Dort stehen die Zellen in fester Verbindung, hier sind die „Zellen" — nämlich die Menschen, die den Staat bilden — frei beweglich. Die Staatsbiologie gibt zu und muß zugeben, daß die „Verbindung", durch die diese „Zellen" zu einem „Organismus" zusammengehalten werden, nur „geistiger und sittlicher" Art ist, und merkt nicht, daß sie sich damit selbst aufhebt, da ihr Organismus ja in

gar nichts anderem als in dieser Verbindung besteht, und diese Verbindung, wenn sie geistig-ethischen, also normativen Charakters ist, in einem ganz anderen Sinne existent sein muß, als die kausalgesetzlichen Verknüpfungen des biologischen Organismus. Nur die synkretistische Vermengung des kausalen mit dem normativen Gesichtspunkt ermöglicht dieser „naturwissenschaftlichen" Staatstheorie ihr eigentliches Ziel: die Aufstellung bestimmter ethisch-politischer Postulate und sohin die Wertbeurteilung konkreter staatlicher Einrichtungen, zu erreichen. Dabei leistet die Äquivokation des Wortes „Gesetz", das sowohl kausales Naturgesetz als auch Soll-Norm bedeutet, die entsprechende Hilfe. An dem tatsächlichen sozialen Geschehen angeblich beobachtete Naturgesetze, etwa das der stetig zunehmenden Arbeitsteilung und Differenzierung oder das Gesetz der Ungleichheit in der Natur, werden zu Normen umgedeutet und gewisse soziale Institutionen, weil sie diesen Naturgesetzen „entsprechen", gerechtfertigt, andere weil sie gegen diese Naturgesetze „verstoßen", abgelehnt. Nun wäre es ja methodisch zulässig, politische Forderungen, die hinsichtlich einer künftigen Gestaltung der sozialen Beziehungen erhoben werden, als unmöglich abzulehnen, wenn sich tatsächlich ein Naturgesetz nachweisen ließe, das zeigt, daß die soziale Entwicklung mit eherner Notwendigkeit nach anderer Richtung geht. Aber gerade auf sozialem Gebiete kann man mit einem solchen in die Zukunft weisenden, zu irgendwelchen politischen Postulaten in Widerspruch stehenden Naturgesetz schon darum nicht operieren, weil das Material, auf das sich solches Naturgesetz allein beziehen könnte, das Verhalten der Menschen, wesentlich von den Vorstellungen bestimmt wird, die die an die Menschen gerichteten Postulate in ihnen erzeugen. Selbst wenn sich nachweisen ließe, daß die bisherige soziale Entwicklung im Sinne einer stets zunehmenden Arbeitsteilung und Differenzierung erfolgt sei, so ist doch damit keineswegs erwiesen, daß das auch in aller Zukunft so weitergehen müsse, und daß daher politische Forderungen, deren Verwirklichung mehr oder weniger ein Verzicht auf Arbeitsteilung und Differenzierung voraussetzten, etwa eine völlige Primitivierung der sozialen Beziehungen herbeiführen würden, keine Aussicht auf Erfolg haben können. Ja, das „Unmöglichste", der menschlichen „Natur" und den sozialen Gesetzen scheinbar Widersprechendste kann möglich werden, wenn die Menschen an seine Möglichkeit glauben.

Dazu kommt, daß die Vertreter der Organismustheorie sich meist keineswegs damit begnügen, irgendwelche Forderungen ihrer politischen Gegner mit der Begründung abzulehnen, daß sie auf „Unmögliches" abzielen, sondern daß sie sie in demselben Maße als „unrichtig" und „verderblich" qualifizieren, als sie in den von ihnen objektiv erkannten Naturgesetzen richtige und heilsame Normen für eine gute Gestaltung der sozialen Verhältnisse erblicken oder doch aus diesen Naturgesetzen solche treffliche Prinzipien ableiten zu können glauben. Denn daraus, daß etwas ist und naturnotwendig sein muß, kann niemals folgen, daß es auch so sein oder gar, daß etwas anderes sein solle. Darauf allein aber: auf ein bestimmtes Soll- und Werturteil kommt es der sogenannten organischen Staatstheorie vor allem an. Und daraus erklärt sich die einigermaßen verwunderliche Tatsache, daß die streng naturwissenschaftlichen Untersuchungen, mit denen die Vertreter der organischen Staatslehre sich stolz über die höchst subjektiven, parteipolitischen Schriften zu erheben glauben, meist nur auf solch ein parteipolitisches Bekenntnis, auf einen Kampf für oder gegen ein bestimmtes politisches System hinauslaufen.

Vollends entgleisen muß aber diese Sozialbiologie mit ihrer Anwendung von „Naturgesetzen", wenn es gilt, schon verwirklichte Postulate, zu positivem Recht, zu historischer Wirklichkeit gewordene politische Forderungen, wie die demokratisch-republikanische oder die monarchische Verfassung eines konkreten Staates, das allgemeine Wahlrecht oder die ständische Vertretung, als reale Institutionen

zu beurteilen. Denn Tatsachen gegenüber dürfte und könnte eine wahrhaft kausalgesetzliche, wahrhaft naturwissenschaftlich orientierte Theorie nichts anderes tun, als sie erklären, das heißt als den erkannten Naturgesetzen gemäß nachweisen. Und wenn sich das eine oder andere der bisher bekannten Naturgesetze sozialen Geschehens als im Widerspruch zu den neuen Tatsachen stehend herausstellte, dann müßte sich eine naturwissenschaftliche Theorie — so wie es in Physik und Biologie als selbstverständlich gilt — beeilen, die Formulierung des Naturgesetzes den neuen Tatsachen anzupassen, damit auch diese neuen Tatsachen unter dem so modifizierten Naturgesetz begriffen werden können. In dieser Anpassung der Naturgesetze an die Wirklichkeit liegt ja ihre „Unverletzlichkeit". Allein die „objektive" naturwissenschaftliche Methode, auf die sich die Organismustheorie so viel zugute hält, glaubt den sozialen Tatsachen gegenüber sich gerade umgekehrt verhalten zu sollen: Hier erwartet man nicht — wie in Physik und Biologie —, daß sich die Formulierung der Naturgesetze nach den Tatsachen richten, sondern daß sich die Tatsachen nach den angeblichen Naturgesetzen richten sollen. Das heißt: Tatsachen, deren Existenz man nicht gut leugnen kann, die aber irgendwelche „Naturgesetze" des sozialen Lebens „verletzen", sollen eben verschwinden, das angebliche Naturgesetz ist nur der Grund zu der Forderung, daß diese Tatsachen — als schädlich, schlecht, verderblich usw. — beseitigt und durch „richtige", „gute", „nützliche" Maßnahmen ersetzt werden sollen. Hier enthüllt das Naturgesetz seinen eigentlichen Sinn. Es ist in Wahrheit eine Norm. Daran kann nichts ändern, daß das Werturteil, auf das es allein ankommt, in dem Scheine naturwissenschaftlicher Terminologie auftritt. So wenn die Tatsachen, die man für schlecht hält, weil sie den als Naturgesetz der Ungleichheit vorausgesetzten Wertprinzipien nicht entsprechen — z. B. die republikanisch-demokratische Verfassung oder das allgemeine Wahlrecht — als politische Formen bezeichnet werden, die nicht der „eigentliche", „wahre" Ausdruck der sozialen Wirklichkeit seien, und denen daher keine Dauer beschieden sein könne; daß sich das „wahre", „wirkliche" Leben schließlich doch gegen sie durchsetzen, daß das „Gesunde", „Lebenskräftige" siegen werde und ähnliches mehr. Wobei natürlich die politische Gegenseite mit demselben Recht behaupten kann und auch behauptet, daß die fraglichen — von ihr als „gut" und „richtig" bewerteten — Tatsachen gerade der wahre Ausdruck der sozialen Wirklichkeit seien, daß in ihnen das wahrhaft „Organische" sich realisiere usw.

Im allgemeinen muß die Organismustheorie, sofern sie ethisch-politische Normen als Naturgesetze ausgibt, als ein Versuch abgelehnt werden, gewisse, nur relativ rechtfertigbare Werturteile dadurch zu verabsolutieren, daß sie als Kausalgesetze dargestellt und ihnen so gleichsam ein höherer Grad der Geltung, nämlich der Charakter der Unverbrüchlichkeit, der Unverletzbarkeit arrogiert wird. Die „Natur", deren Gesetze man einer ihr widersprechenden Wirklichkeit des sozialen Lebens entgegenhält, fungiert als eine höchste Autorität und spielt dabei die Rolle einer Gottheit, deren Geboten absolute Geltung zukommt. Und so erweist sich die Natur-Wissenschaft der Organismustheorie im Grunde nur als jenes Natur-Recht, von dessen Bedeutung noch in anderem Zusammenhange die Rede sein wird. (Vgl. S. 30.)

§ 4. Der Staat als ideelles System.

A. Psychischer Akt und geistiger Gehalt (Natur und Geist).

Zur Annahme einer Staatsseele (oder eines bloßen Staatswillens), die zur weiteren Annahme eines Staatskörpers zwingt, wird man wohl dadurch verleitet, daß alle jene Tatsachen, Akte, Vorgänge usw., deren Inbegriff oder Einheit man als „Staat" bezeichnet, wie alle sozialen Tatsachen, offenbar in menschlichen Seelen ihren Sitz haben. Die Erlassung eines Gesetzes, Urteils oder Befehles, seine Aufnahme und

Befolgung, sind zweifellos seelische Prozesse, die sich in körperliche Handlungen umsetzen. Indes kommt es für eine auf das Wesen des Staates gerichtete Betrachtung nicht auf die in der Welt des natürlichen Seins und sohin nach kausaler Gesetzlichkeit ablaufenden seelisch-körperlichen Prozesse, sondern auf den geistigen Inhalt an, den diese Prozesse „tragen". So wie das Denken mathematischer oder logischer Gesetze ein psychischer Akt, darum aber der Gegenstand der Mathematik oder Logik — das Gedachte — kein Psychisches, keine mathematische oder logische „Seele", sondern ein spezifischer geistiger Sachgehalt ist, weil die Mathematik und Logik von dem psychologischen Faktum des Denkens solchen Inhaltes abstrahiert: So ist der Staat, als Gegenstand einer spezifischen, von der Psychologie verschiedenen Betrachtung, ein spezifischer geistiger Gehalt, nicht aber das Faktum des Denkens und Wollens solchen Inhaltes, ist er eine ideelle Ordnung, ein spezifisches Normensystem, nicht aber das Denken und Wollen dieser Normen. Der Eigengesetzlichkeit, des Eigensinns, jenes besonderen Gegenstandes, den wir „Staat" nennen und zum Objekt einer eigenen Wissenschaft gemacht haben, können wir uns nicht bemächtigen, wenn wir unsere Betrachtung auf irgendwelche seelische Prozesse des Denkens und Wollens, sondern nur, wenn wir unsere Erkenntnis auf ein spezifisch Gedachtes und Gewolltes richten, für das die seelischen Akte des Denkens und Wollens gleichsam eine conditio sine qua non, nicht aber die conditio per quam sind. Nicht im Reiche der Natur — der physisch-psychischen Beziehungen — sondern im Reiche des Geistes steht der Staat.

B. Der normative Charakter des Staates.

Das Spezifische dieses als Staat bezeichneten geistigen Gehaltes ist eben, daß er ein System von Normen ist. Und dieser normative Charakter des Staates drückt sich — unbewußt und unwillkürlich — gerade in der Darstellung solcher Autoren aus, die den Staat als kausalgesetzlich determinierte Realität zu charakterisieren glauben. Die Eigenschaften, die sie von ihm aussagen und aussagen müssen, wollen sie nur einigermaßen der Vorstellung entsprechen, die man allgemein und speziell in der Staatslehre mit dem Staate verbindet, sind nur als Eigenschaften eines Normensystems möglich. So die immer wiederkehrende und in den verschiedensten Wendungen auftretende Behauptung seiner objektiven, d. h. von der subjektiven Willkür der den Staat bildenden Menschen unabhängigen Existenz; sie wäre völlig unmöglich, wenn der Staat, der Staatswille oder die Staatsseele sich nur als Summation subjektiver Willensakte darstellen würde. Denn durch keine noch so intensive Verbindung von subjektiven Elementen kann ein objektives entstehen. — Diese objektive Existenz des Staates stellt sich aber zwanglos als die objektive Geltung der die staatliche Ordnung bildenden Normen dar, eine Geltung, die darum „objektiv" ist, weil sie, wie jede echte Normgeltung, von dem subjektiven Wünschen und Wollen derjenigen unabhängig ist, für die die Norm Geltung beansprucht. Vor allem aber die ausnahmslose Annahme, daß der Staat seinem Wesen nach „über" den ihn bildenden Individuen stehe, daß er sie autoritativ verpflichte, daß vom Staate alle Verbindlichkeit ausgehe. Dabei ist es durchaus nicht etwa bloß das Faktum, daß Menschen den Staat für eine Autorität halten, das von den Staatssoziologen konstatiert wird; diese begnügen sich nicht mit der Feststellung, daß Menschen von irgendwelchen, Autorität zum Inhalte habenden, Vorstellungen motiviert werden, sondern sie machen den Inhalt dieser Vorstellung zu ihrem Gegenstand, indem sie den Staat wesentlich als verpflichtende Autorität charakterisieren. Damit statten sie ihn aber mit einem Wertelement aus, das in einer kausalwissenschaftlich orientierten Sozialpsychologie oder Soziologie keinen Platz finden kann. Der Staat als verpflichtende Autorität — und anders kann sein Wesen nicht ausgedrückt werden — ist aber ein Wert oder — sofern der satzmäßige Ausdruck des Wertes eingesetzt wird — eine Norm, bzw. ein System

von Normen und als solches wesensverschieden von der wertindifferenten, spezifisch-realen Tatsache des Vorstellens oder Wollens einer Norm.

C. Staat und Individuum.

Besonders deutlich aber zeigt sich der normative Charakter des Staates als einer überindividuellen Einheit in dem Gegensatz, den alle, auch die den Staat als soziale Realität charakterisierenden Autoren, wie zwischen Gemeinschaft und Individuum im allgemeinen, so insbesondere auch zwischen Staat und Einzelmensch annehmen. Stünde der Staat als kausalgesetzlich determinierte Realität mit dem Einzelmenschen in der gleichen Ebene des Seins, dann könnte für eine nach dieser Richtung eingestellte Betrachtung ein Gegensatz, jener spezifische Gegensatz, und damit ein Problem, jenes spezifische Problem, gar nicht bestehen. Nur die kausale Abhängigkeit des einen vom anderen käme in Frage; deren Beantwortung müßte sich mit der trivialen Feststellung begnügen, daß der Staat — als jene Übermacht, für den man ihn bei solcher Einstellung ausgibt — das Individuum kausal determiniert. Die billige Weisheit dieses Standpunktes drückt sich in der Regel in dem Satze aus, daß Recht nur Macht sei, womit freilich das Problem, das in dem Gedanken des Gegensatzes von Recht und Macht steckt, ignoriert und von einem bloß auf die Kausalität des Naturseins gerichteten Standpunkt aus behauptet wird, daß die Ursache ihre Wirkung hat. Ein Gegensatz zwischen Individuum und Staat, ein Problem kann hier nur gegeben sein, sofern der Staat als Norm vorausgesetzt wird, deren Sollen mit dem Sein des individuellen Wollens und Handelns in Konflikt, in jenen tragischen Konflikt gerät, der das Kernproblem aller sozialen Theorie und Praxis ist. Sofern es sich in der Antinomie darstellt, daß das Individuum einerseits nur Teil eines Ganzen, des Staates, andererseits aber doch selbst Ganzes sei, verliert diese Antinomie den Charakter eines logischen Widerspruchs, wenn man bedenkt, daß die Individuen, richtiger die individuellen Wollungen und Handlungen, nur als Inhalte der die staatliche Ordnung bildenden Normen, des Sollens also, integrierende Bestandteile eines System-Ganzen sind, während der zum Ganzen des Staates in Widerspruch geratende Akt des tatsächlichen individuellen Wollens und Handelns in der Seinsebene verläuft. Die Sätze: a soll b sein und: a ist non-b, bilden aber keinen logischen Widerspruch, sondern einen logischen Dualismus. Den Dualismus zweier voneinander unabhängiger Systeme, sei es des Systems des Sollens und des Seins, sei es des Systems der staatlichen Ordnung und desjenigen anderer, eventuell ethisch-politischer Postulate, als welches gleichfalls das Individuum zum Staate in Gegensatz tritt. Im letzteren Falle liegt dann der Dualismus der positiven Rechtsordnung des Staates und eines individuellen Naturrechts vor. (Vgl. S. 59 u. S. 154f.).

D. Staat und Gesellschaft.

Was von dem sozialen Gebilde des Staates gilt: daß seine spezifische Einheit nicht kausalgesetzlich zu verstehen ist, daß seine Existenz nicht im Bereiche der Naturwirklichkeit, sondern geistiger Werte ruht, läßt sich leicht auch für die anderen sozialen Gebilde — Gemeinschaften, Verbindungen — zeigen, die unter dem Sammelnamen der Gesellschaft zusammengefaßt werden. Die ganze Welt des Sozialen, deren der Staat nur ein Teil ist, ist eine Welt des Geistes, und zwar eine Welt der Werte, ist geradezu die Welt der Werte. Die verschiedenen sozialen Gebilde wie religiöse, nationale und andere Gemeinschaften lassen sich in ihrer Eigengesetzlichkeit nur als spezifische Wertsysteme begreifen. Es gibt somit zunächst nur verschiedene soziale Gebilde, Gesellschaften, nicht aber eine Gesellschaft als ein universales, alle besonderen Gemeinschaften als Teilordnungen umfassendes Wertsystem. Die Idee der einen, universalen Gesellschaft ist das Problem einer universalen Wert- oder Weltanschauung, als einer Synthesis aller Normsysteme. Ob dieses Problem überhaupt lösbar, ob Gesellschaft in diesem Sinne als Einheit überhaupt möglich, diese

Frage kann hier offen bleiben, denn eine bloße Staatslehre beschränkt sich auf die Erkenntnis eines speziellen Normsystems, das in seiner Eigengesetzlichkeit ohne Rücksicht auf andere Systeme begriffen sein will, das mit dem Anspruch auftritt, selbst als ein höchstes, gleichsam autarkes, als ein alle anderen ausschließendes zu gelten. Vom Standpunkte einer Staatslehre, die diesen Anspruch zu honorieren hat, kann sich daher das Problem eines Konfliktes des als Staat bezeichneten Normensystems zu einem anderen, etwa zum System der Moral oder Religion, gar nicht ergeben. Gerade dieses Problem aber ist es, das der Idee eines universalen Wertsystems, als der einheitlichen Gesellschaft, die größte Schwierigkeit bereitet. Es wäre das Problem einer allgemeinen Soziologie, zum Unterschied von den besonderen Gesellschaftswissenschaften. Zu den letzteren gehört die Staatslehre, die demnach als normative Staatslehre auch die Soziologie des Staates ist. Das Problem einer allgemeinen Soziologie als eines universalen Wertsystems hat sich das antike Denken in der Ethik, das Mittelalter in der Theologie, die Neuzeit bis zum XIX. Jahrhundert im Naturrecht gestellt. Im XIX. Jahrhundert, dem Jahrhundert der Naturwissenschaft, übernimmt es die sogenannte Soziologie. Indem sie es mit den Methoden der Naturwissenschaft zu bewältigen sucht, d. h. indem sie das Problem der Gesellschaft als ein solches der Wirklichkeit und nicht des Wertes, nicht des Geistes, sondern der Natur auffaßt, denaturiert sie es gerade. Aber vielleicht ist es nur eine Flucht vor der Größe, der Aussichtslosigkeit der Aufgabe, die der Gedanke einer universalen Wertanschauung bietet, wenn die modernen Soziologen die Einheit der Gesellschaft nicht in der normativen Sphäre, sondern im Bereiche der Naturgesetzlichkeit suchen, wenn sie ihre Betrachtung statt auf das Sollen, auf das Sein richten, die Gesellschaft in der Natur aufgehen lassen und so ihren spezifischen Gegenstand verlieren. Kritische Untersuchungen der modernen soziologischen Systeme haben gezeitigt, daß sie alle unter dem Scheine kausalgesetzlicher Erklärung tatsächlichen Geschehens, in der Meinung, ein natürliches, d. h. kausales Entwicklungsgesetz aufzuzeigen, ein universales Wertsystem zu begründen suchen, also doch wiederum nur Ethik, Theologie oder Naturrecht betreiben (Menzel).

Der durchaus normative Charakter, der dem Begriff der Gesellschaft anhaftet, zeigt sich deutlich, wenn man „Gesellschaft" schlechthin dem „Staate" entgegensetzt. Der in der ethisch-politischen, insbesondere in der soziologischen Literatur immer wieder auftretende Antagonismus von Staat und Gesellschaft stellt sich bei näherer Betrachtung immer wieder nur als der Gegensatz zweier verschiedener Wert- oder Normensysteme dar, ob nun als „Gesellschaft" das Wertsystem des Liberalismus oder das Ideal des Sozialismus gegen die positive Ordnung des historisch-konkreten Staates auftritt. (Vgl. dazu S. 27 ff.)

§ 5. Der Staat als Rechtsordnung.

A. Die Einheit von Staat und Recht.

Ist erkannt, daß die Existenzsphäre des Staates normative Geltung und nicht kausale Wirksamkeit, daß jene spezifische Einheit, die wir in dem Begriff des Staates setzen, nicht in der Welt der Naturwirklichkeit, sondern in jener der Normen oder des Wertes liegt, daß der Staat seinem Wesen nach ein System von Normen oder der Ausdruck für die Einheit eines solchen Systems ist, dann ist damit die Erkenntnis, daß der Staat als Ordnung nur die Rechtsordnung oder der Ausdruck ihrer Einheit sein kann, eigentlich schon erreicht. Daß der Staat in einer Wesensbeziehung zur Rechtsordnung stehe, wird allgemein anerkannt. Daß diese Beziehung aber nicht Identität bedeute, wird nur darum angenommen, weil man den Staat nicht selbst als Ordnung erkennt. Tut man dies, dann bedeutet die Ablehnung der Identität den Dualismus zweier Normensysteme, von denen das eine die positive Rechtsordnung ist, das andere aber nur einen Komplex ethisch-politischer Normen bedeuten

könnte. So häufig die Aufrechterhaltung des Dualismus von Staat und Recht von der uneingestandenen Voraussetzung einer solchen Annahme abhängen mag, so unvereinbar ist diese wegen ihres radikal naturrechtlichen Charakters (in dem „Staat" genannten Normensystem tritt nicht selten ein Naturrecht gegen die positive Rechtsordnung auf) mit den Grundsätzen des Positivismus, den auch jene anerkennen, die Staat und Recht als verschiedene Wesenheiten gelten lassen wollen. Ist der Staat ein Normensystem, kann er nur die positive Rechtsordnung sein, weil neben dieser die Geltung einer anderen Ordnung ausgeschlossen sein muß. Wäre der Staat ein anderes als das System der positiven Rechtsnormen, dann könnte man von ein und demselben Standpunkte innerhalb ein und derselben Erkenntnissphäre ebensowenig behaupten, daß Staat und Recht nebeneinander oder miteinander existieren, wie der Jurist die Geltung der Moral, der Moralist die Geltung des positiven Rechtes behaupten kann. Mag immerhin das vieldeutige Wort „Staat" auch einen ethisch-politischen Sinn annehmen: In irgendeiner Beziehung zum positiven Recht kann dieser Staat nicht stehen. Gerade diese Beziehung zum positiven Recht ist aber eine der wenigen, ganz unbestrittenen Positionen der Staatslehre.

B. Der Staat als „Zwangsapparat" und als „Macht".

Wenn die herrschende Staatslehre den Staat als „Zwangsapparat", die traditionelle Rechtslehre das Recht als Zwangsordnung charakterisiert, so zeigt sich auch darin, daß beide, im Grunde genommen, denselben Gegenstand begreifen wollen, denn der Zwangs„apparat" ist ja nur ein Bild für die Zwangs„ordnung". Allerdings meint man, wenn man von dem zum Wesen des Staates gehörigen „Zwang" spricht, mitunter nicht jene spezifischen Inhalte der Rechtsnormen: Strafe, Exekution, durch die man das Recht von anderen Normen zu differenzieren sucht. Nicht der Zwang als Inhalt der Norm — so wie er sich dem auf die Geltung der Rechtssätze gerichteten Blick der Juristen bietet — sondern der — faktisch psychische — Zwang, der in der Wirksamkeit gewisser Normvorstellungen liegt, eine Motivationsregel, die das tatsächliche Verhalten der Menschen bestimmt, eine reale Macht also ist es, an die man auch denkt, wenn man den Staat als Zwangsanstalt kennzeichnet. Allein diese „reale Macht" kann und muß man ebenso, ja im Grunde nur vom Rechte aussagen; es ist die Wirksamkeit der Rechtsordnung, die man damit meint, die Wirksamkeit der Rechtsnormvorstellungen. Diese Wirksamkeit als Macht mit „Staat" zu bezeichnen und neben das Recht als Norm zu stellen, ist unzulässig, weil damit vorgetäuscht wird, als ob beide Wesenheiten in die gleiche Existenzsphäre gehören, wodurch das Scheinproblem ihres gegenseitigen Verhältnisses entsteht; abgesehen davon, daß man ebensogut wie man den Staat als Macht dem Recht als Norm, den Staat als Norm (Staatsordnung) dem Recht als Macht (Rechtsmacht) gegenüberstellen kann. Die landläufige Vorstellung, daß der Staat als Macht „hinter" dem Rechte stehe (damit dieses verwirklicht werde), daß der Staat als Macht das Recht „trage", „erzeuge", „garantiere" usw., ist nur eine den Erkenntnisgegenstand verdoppelnde Hypostasierung, die in sich zusammenfällt, sobald man erkannt hat, daß die sogenannte Macht des Staates nur die Macht des Rechtes — freilich nicht eines idealen Naturrechts — sondern nur des positiven Rechtes ist. Denn da es sich um menschliches Verhalten handelt, die Ursachen von Handlungen und Unterlassungen in Frage stehen, kann die solches bewirkende „Kraft" oder „Macht" nur psychischer Art, nur Motivation sein. Mögen die Normen staatlicher Ordnung immerhin Nachteilsdrohungen enthalten, mögen die Menschen den Inhalt zwangsanordnender Normen in ihre Vorstellungen aufnehmen, und mögen diese Vorstellungen immerhin nur wegen dieses ihres Inhaltes motivierende Kraft haben: Psychologische Analyse kann die Macht des Staates immer nur als die Motivation von normbeinhaltenden Vorstellungen aufzeigen. Diese Norm aber ist das Recht, kann nur das positive Recht sein. Gerade in der Wirksamkeit der diese Norm als Inhalt tragenden Vor-

stellung erblickt die herrschende Lehre die „Positivität“ dieser Norm, die Positivität des Rechtes. Ist die Macht des Staates, der Staat als Macht nur die Positivität des Rechtes, dann zeigt sich als der immanente Sinn der herrschenden Lehre selbst die Identität von Staat und Recht unter dem Gesichtspunkt der Ordnung. Allerdings kann der traditionellen Auffassung der Positivität des Rechtes hier nicht zugestimmt werden. Denn Positivität soll eine Eigenschaft des Rechtes sein, muß sich daher auf das Recht als gültige Norm, und kann sich nicht auf eine wirksame Normvorstellung beziehen. Und wenn auch die im Problem der Positivität gelegene — später noch näher darzulegende — Beziehung auf einen dem Norminhalt korrespondierenden Seinsinhalt durchaus nicht geleugnet werden soll, so muß doch eine Identifizierung der Rechtspositivität mit der Wirksamkeit der Rechtsnormvorstellung abgelehnt werden, da dabei der spezifische Sinn der Rechtsnorm verloren geht. Es gilt eben, die Positivität des Rechtes mit seiner Normativität in Einklang zu bringen. Ist dies aber geschehen, dann ist das „positive“ Recht identisch mit dem wirklichen, dem historisch konkreten Staat.

C. Normativität und Faktizität (Positivität).

Erkennt man den Staat als Rechtsordnung oder deren Einheitsausdruck, dann ist Staatslehre nur als Rechtslehre, d. h. Rechts*normen*lehre, und in diesem Sinne als normative Disziplin möglich. Diese Rechtslehre wird entweder Rechts*wesens*lehre, Rechts*formen*lehre sein, d. h. sich auf die Normen und ihre Beziehungen, ohne Rücksicht auf ihren besonderen Inhalt, richten. Oder sie wird eine Rechts*inhalts*lehre sein, d. h. die *typischen* Inhalte der Rechtsnormen feststellen.

Eine auf den Inhalt gerichtete Betrachtung muß auch auf das Problem stoßen, ob und welche Beziehungen zwischen dem Inhalt des Systems Recht als eines Systems gültiger Normen, und dem Inhalt des zum System der Natur gehörigen, kausal determinierten tatsächlichen Geschehens, speziell dem Inhalt des von normbeinhaltenden Vorstellungen motivierten Verhaltens der Menschen bestehen. Unbeschadet der grundsätzlichen und uneingeschränkten Disparität der beiden Systeme wird man ohne weiteres die Tatsache zugestehen müssen, daß der Inhalt der Normen, und speziell der Rechtsnormen, die man als gültig voraussetzt, dem Inhalt des tatsächlichen Verhaltens bis zu einem gewissen Grade entspricht, daß tatsächlich nur Rechtsnormen als gültig vorausgesetzt werden, deren Vorstellungen wirksam sind. Haben Normen — und insbesondere auch Rechtsnormen — einen solchen Inhalt, daß die sie tragenden Vorstellungen gänzlich wirkungslos bleiben, setzt auch die Rechtstheorie solche Normen nicht als gültig voraus. Und doch wäre wieder die Annahme falsch, daß *nur* als rechtlich gesollt gelten könne, was tatsächlich geschieht. Denn diese Annahme bedeutete die Negation alles Rechtes. Zwischen dem Inhalt des Sollens, als des Systems „Staat“, d. h. der normativen Staats- als Rechtsordnung, und dem Inhalt des Seins, als des Systems der kausalgesetzlichen Naturordnung, muß ein Gegensatz möglich sein. Eine Norm, deren Inhalt so bestimmt ist, daß der Inhalt des Seins, des tatsächlichen Geschehens, zu ihr niemals in Widerspruch stehen kann — das ist aber die Norm: du sollst, was du willst — hat ihren spezifischen Sinn als Norm verloren.

Die auf die Beziehung zwischen den Inhalten der beiden heterogenen Systeme gerichtete Untersuchung kann nur eine obere und eine untere *Grenze* angeben: Weder fallen die Inhalte beider Systeme ganz zusammen, noch fallen sie ganz auseinander. Die Spannung darf ein Maximum nicht überschreiten — denn dann verlöre die Annahme eines eigengesetzlichen Systems „Recht“ jeden Sinn — noch auch unter ein Minimum sinken — denn dann wäre jede Möglichkeit genommen, sich des Systems Recht als eines brauchbaren Deutungs- oder Bewertungsschemas für das tatsächliche Verhalten der Menschen, die Inhalte des Systems Natur, zu bedienen. Diese durch ein Maximum und ein Minimum bestimmte Beziehung zwischen dem Inhalt des als

Sollordnung geltenden Rechtes oder Staates und dem Inhalt der korrespondierenden Seinsordnung tatsächlichen Geschehens (als eines Stückes der Natur) ist es, die sich im Begriff der Positivität ausdrückt. Das Problem der Positivität erscheint demnach als das — keineswegs auf das Gebiet der Rechts- und Staatstheorie beschränkte — Problem der inhaltlichen Beziehungen zwischen einem System des Wertes und dem ihm korrespondierenden System der Wirklichkeit, d. h. als das Problem der sogenannten Wertverwirklichung. Die außerordentliche Schwierigkeit, die es birgt, besteht in der — wie es scheint unvermeidlichen — Antinomie eines notwendigerweise vorauszusetzenden Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, und der nicht abzuweisenden Anerkennung einer inhaltlichen Beziehung zwischen den beiden — als beziehungslos vorausgesetzten — Systemen.

D. Der soziologische und der juristische Staat.

Da in dem Gegensatze der Soll-Geltung der Staats- oder Rechtsordnung zu der Seins-Wirksamkeit der diese Ordnung beinhaltenden Vorstellungen ein echter Dualismus gegeben ist, muß auch der so naheliegende Versuch scheitern: neben einem „juristischen“ einen „soziologischen“ Staatsbegriff zu unterscheiden und diesen auf der Ebene des Seins — als irgendeine Zusammenfassung hier tatsächlich ablaufender Handlungen — jenen aber auf der Ebene des Sollens — als ein System von Rechtsnormen — zu errichten. Der Gedankengang dieser, neuestens von hervorragender Seite vertretenen Anschauung ist etwa der folgende: Mag der Staat für den Juristen immerhin nur ein normatives Gebilde, nur eine Rechtsordnung sein, mag daher seine Existenz — für den Juristen — nur im Bereiche der Sollgeltung liegen; für eine auf die Wirklichkeit des Lebens gerichtete „Soziologie“, die tatsächliches, in der Kausalreihe verlaufendes Handeln des Menschen verstehend deuten und so kausal erklären will, ist der Staat lediglich ein Ablauf und Zusammenhang dieses menschlichen Verhaltens, ein spezifischer Komplex des Zusammenhandelns von Menschen (Weber). Vom Standpunkt einer derart „verstehenden Soziologie“ müssen sich aber alle sozialen Gebilde als solche „Komplexe des Zusammenhandelns“ darstellen. Es ergibt sich somit für sie die Aufgabe, ein Kriterium dafür aufzuzeigen, daß ein bestimmter Komplex von menschlichen Handlungen gerade „Staat“ ist, das synthetische Prinzip anzugeben, das aus der unbegrenzten Fülle tatsächlicher Handlungen der Menschen einen besonderen „Komplex“ zur Einheit des Staates erhebt und so aus einer Menge einzelmenschlicher Akte ein soziales „Gebilde“ konstituiert. Indem die verstehende Soziologie — die sich als Kausalwissenschaft gibt — diese Aufgabe zu lösen versucht, verschiebt sich ihre Betrachtung von der Ebene des Seins auf jene des Sollens. Denn das Kriterium, nach dem die menschlichen Handlungen von ihr zu speziellen „Komplexen“ verbunden werden, ist der Sinngehalt der Vorstellungen, an denen sich die handelnden Menschen orientieren. Die ideelle Ordnung, die den Sachgehalt jener Vorstellungen bildet, die das tatsächliche Verhalten der Menschen bestimmen, ist das maßgebende Deutungsschema. Und speziell als „Staat“ werden menschliche Handlungen nur insofern angesehen, als sie unter Anwendung der juristisch-normativen Staatsordnung als Deutungsschema verstanden werden. „Soziologisch“, d. h. als Komplex eines spezifischen Zusammenhandelns — so lehrt diese Theorie — bestehe ein „Staat“, sofern bestimmte Menschen ihr Handeln an der Vorstellung orientieren, daß der Staat — und zwar als normativ-juristische Ordnung — bestehe. Das heißt: daß ein System von Rechtsnormen in Sollgeltung stehe. Die „verstehende Soziologie“ nennt somit „Staat“ sowohl die juristisch-normative Ordnung, die — als Sachgehalt gewisser Vorstellungen — in Sollgeltung steht, als auch das Seinsfaktum der diesen Sachgehalt tragenden, ein entsprechendes Handeln verursachenden Vorstellungen. Und sie glaubt sohin die bloß „juristische“ von der „soziologischen“ Existenz des Staates unterscheiden zu können. Diese letztere

bestünde lediglich in der — bald größeren, bald geringeren — „Chance“, daß ein seinem Sinngehalt nach bestimmtes, nämlich an der staatlichen Rechtsordnung im normativen Geltungssinne orientiertes Handeln tatsächlich stattfindet. Da diese Chance verschiedene Grade haben kann, müßte konsequenterweise auch die soziologische Existenz des Staates gradueller Differenzierung fähig sein. Ist die Chance gänzlich geschwunden, hat der Staat „soziologisch“ zu existieren aufgehört.

Es handelt sich hier im wesentlichen nur um eine Variante des schon früher charakterisierten Versuches, den „Staat“ als Wirksamkeit der Rechtsnormvorstellungen zu begreifen, mit der Modifikation, daß auch die in normativer Geltung stehende Rechtsordnung als „Staat“ verstanden wird. An die Stelle des üblichen Gegensatzes von Recht und Staat tritt die Unterscheidung zwischen einem juristischen und einem soziologischen Staat. Damit ist aber die logische Unhaltbarkeit dieser ganzen Konstruktion vollends dargetan, deren Um und Auf als eine unzulässige Äquivokation enthüllt. Die „verstehende Soziologie“ gesteht gelegentlich selbst, daß, wenn sie von „Staat“ spreche — und dabei einen bestimmt gearteten Ablauf tatsächlichen Geschehens meine — sie dem juristischen Begriff, den sie um seiner Präzision und Eingelebtheit willen verwende — einen gänzlich anderen Sinn unterschiebe. Allein weshalb bedient sie sich solch unerlaubter, weil irreführender Terminologie? Weshalb nennt sie etwas „Staat“, obgleich sie weiß, daß dieses Wort in einem „präzisen und eingelebten“ Sinn einen ganz anderen Gegenstand bezeichnet? Weil sie als Soziologie, d. h. als Erkenntnis des Sozialen, nicht ernstlich darauf verzichten kann, das spezifisch „soziale“ Gebilde Staat zu ihrem Gegenstand zu machen, und weil nur der juristische Begriff, nur der Gedanke einer normativ gültigen Ordnung es ist, der jene spezifische Synthese setzt, durch die allein dieses Gebilde als Einheit einer Vielheit einzelmenschlicher Akte konstituiert wird. Der juristische Begriff wird von der verstehenden Soziologie keineswegs bloß wegen seiner Präzision und Eingelebtheit verwendet — was könnte man im Gebiete kausalwissenschaftlicher Erkenntnis mit noch so präzisen und eingelebten Begriffen normativ juristischer Betrachtung anfangen? — sondern der juristische Begriff ist auch für die verstehende Soziologie der grundlegende und primäre Begriff, ohne den sie jener besonderen Einheit „Staat“ gar nicht habhaft werden könnte. Und indem sie mit „Staat“ nicht nur das, lediglich juristischer Erkenntnis gegebene, die spezifisch soziale Verbindung konstituierende Gedankengebilde, sondern auch gewisse sicht- und greifbare, weil seelisch-körperliche, in der Welt des natürlichen Geschehens ablaufende Tatbestände bezeichnet, hält sie den Schein aufrecht, als ob sie — als kausalwissenschaftliche, nur auf die Wirklichkeit tatsächlichen Geschehens gerichtete und daher immer nur einzelmenschliche Akte erfassende Betrachtung — dennoch eben jenes „Gebilde“ zu begreifen vermöchte, das als spezifisch-soziale Verbindung nur in der juristischen Synthese existent wird; während ihre kausalwissenschaftliche Methode letztlich auf die erkenntnismäßige Auflösung aller derartiger „Gebilde“ abzielen muß. Sicherlich ist es von Wichtigkeit und Bedeutung, die Chance festzustellen, mit der Handlungen eines gewissen Sinnes tatsächlich erfolgen, insbesondere zu untersuchen, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, daß die Rechtsnormvorstellungen tatsächlich wirksam werden; wenn es auch gegenwärtig noch keine Methode gibt, den Grad dieser Wahrscheinlichkeit im konkreten Falle auch nur schätzungsweise zu bestimmen und man sich wohl stets wird begnügen müssen, im Nachhinein zu konstatieren, daß gewisse Normvorstellungen ihre Wirksamkeit verloren haben. Allein wie dem immer auch sei, nichts kann eine Terminologie rechtfertigen, die mit demselben Worte zwei voraussetzungsgemäß wesensverschiedene Gegenstände bezeichnet; und nichts kann diese Äquivokation besser ad absurdum führen, als die Konsequenz: daß, wenn „Staat“ die graduell sehr verschiedene Wirksamkeitschance gewisser Vorstel-

lungen ist, man an den verschiedenen historisch konkreten, als „Staat" bezeichneten Gebilden verschiedene Grade von Staatlichkeit festzustellen genötigt wäre.

§ 6. Die Lehre von der sogenannten Entstehung des Staates.

A. Sinn des Problems.

Ist der Blick auf den besonderen Inhalt einer Rechts- oder Staatsordnung gerichtet, dann wird auch die Frage als zulässig erkannt werden müssen, unter welchen natürlichen, ökonomischen und sonstigen historischen Bedingungen Normvorstellungen bestimmten Inhalts entstehen und wirksam werden. Die außerordentliche Kompliziertheit der Problemlage, die Schwierigkeiten der Problemlösung und der überaus geringe Ertrag, der bisher in dieser Richtung erzielt wurde, kann gewiß nicht gegen die Berechtigung der Problemstellung eingewendet werden. Es ist eine durchaus wissenschaftliche und, wenn man sie so nennen will, soziologische Problemstellung. Obgleich auch die auf die Eigengesetzlichkeit des Normsystems gerichtete Betrachtung eine soziologische genannt, ja vielleicht sogar mit mehr Recht so genannt werden könnte, weil die spezifischen Einheiten, als welche uns die sozialen Gebilde, insbesondere aber der Staat, entgegentreten, gerade nur in dieser letzteren Betrachtung konstituiert werden. Man kann die in der Sphäre kausalgesetzlich bestimmten Geschehens liegenden Bedingungen für die Entstehung bestimmter Normvorstellungen im Sinne realpsychischer Akte als den „realen Unterbau" bezeichnen, auf dem sich die Normen und Normsysteme als spezifisch geistige Gehalte, als der Naturgesetzlichkeit des Unterbaus gegenüber durchaus eigengesetzliche „Ideologien" wie ein Oberbau erheben. Doch ist dies nur ein — der Terminologie der materialistischen Geschichtsauffassung entlehntes — Bild für das Verhältnis, in dem das System der Natur zu dem des Geistes und sohin das System der „Wirklichkeit" zu dem des Wertes vorzustellen ist, als dessen Spezialfall dann das Verhältnis Natur und Gesellschaft in Betracht kommt. Wie alle sozialen Gebilde, so erscheint auch der Staat als eine spezifische „Ideologie". Und wenn man auch ohne weiteres die Richtigkeit des immer wieder behaupteten — im Grunde nur das Problem aufwerfenden, keineswegs aber lösenden — Gemeinplatzes zugeben mag: daß es die natürlichen, ökonomischen, kurz die Tatsachen der kausal bestimmten historischen Entwicklung sind, die den Inhalt der Rechtsordnung bestimmen (vorausgesetzt, daß man dabei den Unterschied zwischen gültiger Norm und wirksamer Normvorstellung beachtet, und den Satz im Sinne des oben charakterisierten Grenzgesetzes einschränkt), so ist doch gewiß, daß die Selbständigkeit und Eigengesetzlichkeit des Normensystems als solchen durch die behauptete Beziehung seines Inhalts zum Inhalt der kausal bestimmten Entwicklung tatsächlichen Geschehens nicht berührt wird, und daß man sich des Wesens des Staates als einer Rechtsordnung nur in der Eigengesetzlichkeit dieses normativen Systems, nicht aber in der Kausalgesetzlichkeit historischer Entwicklung bemächtigen kann.

Erkennt man aber den Staat als eine spezifische soziale Ideologie, dann zerfällt das Hauptproblem der sogenannten Soziologie oder Soziallehre des Staates: die Frage nach der „Entstehung des Staates" in zwei methodisch sehr verschiedene Probleme. Zunächst steht die bereits oben aufgeworfene Frage nach den Naturbedingungen für die Entstehung von psychischen Akten, die die spezifische Staatsideologie zum Inhalt haben; eine Frage, deren Beantwortung bis heute nicht über allgemeinste Gemeinplätze gediehen ist. Man kommt kaum über die Feststellung hinaus, daß die Entstehung des Staates bedingt sei durch das dauernde Zusammenleben einer größeren Menschenmenge: damit hat man aber nur die Naturbedingung für das Entstehen jeder sozialen Ideologie höherer Differenzierung und keineswegs bloß des Staates angegeben. Der Versuch, spezifische Bedingungen der Staatsentstehung aufzuzeigen, ist bisher nicht gelungen. Weder die Annahme, daß die Men-

schen seßhaft, noch die, daß sie gemeinsamer Abstammung oder Sprache sein müssen, damit sich ein Staat bilden könne, läßt sich auch nur annähernd beweisen. Auch Nomadenvölker und wandernde Völker weisen staatliche Organisation auf (vgl. dazu auch S. 147ff.) und wiederholt zeigt die Geschichte Menschengruppen verschiedenster Abstammung und Sprache dauernd unter einer und derselben staatlichen Ordnung stehend. Die Lehre, daß der Staat speziell aus der Familie entstanden sei, wird noch besonders behandelt werden (vgl. Abschn. B). Sofern die Einheit der Nation als Staatsentstehungsbedingung behauptet wird, birgt sich dahinter meist nur das politische Postulat des Nationalstaates, dessen Berechtigung hier nicht in Frage steht. Ergebnislos ist auch das Bestreben, die Entstehung des Staates mit bestimmten Wirtschaftsformen in Zusammenhang zu bringen. Es läßt sich nicht beweisen, daß nur Ackerbau oder nur Viehzucht oder Jagd staatsbildenden Charakter haben oder daß Menschengruppen heterogener Wirtschaftsformen kriegerisch zusammenstoßen müssen, damit eine Staatsideologie entstehe. (Darüber Näheres im Abschnitt C dieses Paragraphen.) Aber auch der Versuch, der Bodenbeschaffenheit einen entscheidenden Einfluß auf die Entstehung des Staates zuzuschreiben, führt zu keinen auch nur einigermaßen konkreten Resultaten. Mit der Einsicht, daß der Boden das dauernde Zusammenleben einer größeren Menschenmenge ermöglichen muß, daß also in Eisregionen, in Wüsten u. ä. kaum Staaten entstehen können, wiederholt man nur die gleich anfangs festgestellte Selbstverständlichkeit. Aber auch der immer wieder betonte Einfluß, den gewisse „natürliche" Grenzen, wie Gebirge, Meere, Flüsse usw. auf die Gestaltung der sog. Staatsgrenzen üben, ist keineswegs ein solcher, daß er sich in irgendwelchen festen Regeln ausdrücken ließe. Es gibt Staaten und hat immer solche gegeben, — und es waren gerade die historisch bedeutsamsten — deren Gebiet vom Standpunkt solch naturwissenschaftlicher Betrachtung von den stärksten natürlichen Grenzen zerrissen erscheint, deren Ausdehnung weder durch die höchsten Gebirge noch durch die tiefsten und breitesten Meere gehemmt wird, deren Grenzen nicht mit „natürlichen" Grenzen zusammenfallen. Dazu ist der Begriff der „natürlichen" Grenze ein sehr relativer und auch von dem Stande der jeweiligen Verkehrstechnik abhängig.

Den „natürlichen" Bedingungen stellt man mitunter das bewußte, auf die Entstehung des Staates gerichtete Handeln der Menschen gegenüber und fragt, ob der Staat das Ergebnis solch zielstrebigen Verhaltens oder eines organischen Wachstums, als eines von dem Willen der Menschen unabhängiges und ihnen gar nicht bewußten Prozesses sei. Im ersteren Sinne beantwortet die Frage eine von gewissen Naturrechtslehrern vertretene Theorie, die die Entstehung des Staates als Abschluß eines Vertrages vorstellt. Sie darf nicht mit jener Vertragslehre verwechselt werden, bei der die Annahme eines sozialen Vertrages nur eine Rechtfertigung des Staates leisten soll, und von der in anderem Zusammenhange die Rede sein wird. (Vgl. S. 35f.) Daß ein Vertragsabschluß als historisches Faktum bewußter Staatsgründung im allgemeinen nicht nachweisbar ist, steht heute fest. Doch ist auch die gern im Zusammenhange der sog. organischen Gesellschaftslehre vertretene gerade entgegengesetzte Anschauung, die im Prozeß der Entstehung des Staates keinerlei zielbewußte Tätigkeit der Menschen — also wohl nur instinktmäßiges Verhalten — annehmen zu dürfen glaubt, nicht minder unbeweisbar und unwahrscheinlich. Sofern über diesen Punkt überhaupt Vermutungen geäußert werden können, dürfte sowohl zielbewußtes, auf Organisation gerichtetes Handeln wie unbewußt-triebhaftes Verhalten der Menschen zu den Bedingungen zählen, unter denen eine spezifische Staatsideologie allmählich zur Entstehung kommt.

In einem anderen Sinne wird das Problem der Entstehung des Staates gestellt, wenn die Frage nicht auf die Bedingungen für die Entstehung der die spezifische Staatsideologie tragenden Akte, sondern auf eine Entwicklung innerhalb der ideo

logischen Sphäre selbst zielt. Deren Sinn wäre etwa dahin zu bestimmen: wie sich die allgemein soziale Ideologie zu einer spezifisch staatlichen wandelt, wie aus einem zwar schon sozialen, aber noch nicht staatlichen Zustand, einer sozialen, aber noch nicht staatlichen Ordnung, ein staatlicher Zustand, eine staatliche Ordnung entsteht. Und erkennt man als das Spezifikum dieser staatlichen Ordnung ihren Zwangscharakter, sieht man im Staate wesentlich einen sogenannten „Zwangsapparat", das heißt: erkennt man als staatliche Ordnung eine Zwang anordnende Ordnung, eine Ordnung, die an bestimmte sozialschädliche Tatbestände einen von Mensch gegen Mensch zu setzenden Zwangsakt anordnet, um dadurch diese Tatbestände möglichst zu vermeiden, so ist die Frage nach der Entstehung des Staates die Frage nach der Entstehung einer Ordnung dieses spezifischen sozialtechnischen Charakters.

Doch kann auf diese Frage nicht mit einem historisch irgendwie fixierbaren Zeitpunkt geantwortet werden. Denn wenn von Gesellschaft im allgemeinen und Staat im besonderen nur insofern gesprochen werden kann, als Menschen von ihrem gegenseitigen Verhalten ein Bewußtsein haben, das in demselben Maße, in dem es sich steigert, zu einem normativen Bewußtsein wird, und sich sohin als Norm, als vernünftige, „künstliche" Ordnung dem triebhaften Verhalten einer „natürlichen" Ordnung gegenüberstellt; wenn sohin jede soziale Ordnung nur als eine der Natur des kausalgesetzlich determinierten Geschehens entgegengesetzte Ideologie zu begreifen ist, in deren Eigengesetzlichkeit man sich einstellen, einfühlen muß, um „Gesellschaft" und nicht „Natur" zu erkennen; wenn somit schon Gesellschaft im allgemeinen und nicht erst Staat im besonderen mit jenem „du sollst" beginnt, das — um seinen spezifischen Eigensinn zu behaupten — von vornherein in einem möglichen Gegensatz stehen muß zu dem, was „du willst": Dann zeigt sich, daß das Zwangsmoment der sozialen Ordnung zwar nicht begriffswesentlich ist, daß aber der inhaltlichen Gestaltung der sozialen Ordnung die Tendenz zum Zwang immanent sein muß; schon darum, weil die Befriedigung der mannigfaltigen Bedürfnisse nur aus beschränkter Gütermenge erfolgen kann, und das irgendwie auf Bedürfnisbefriedigung gerichtete Verhalten des Individuums, das den Gegenstand der sozialen Ordnung bildet, nötigenfalls zwangsweise beschränkt werden muß. Denn der Zwangsakt ist das spezifische Mittel, durch das dem Sollen der objektiven Ordnung das ihm von vornherein widerstrebende subjektive Wollen der Individuen gefügt werden soll. Sicherlich liegt der Gegensatz von „Freiheit" und „Zwang" — der ja objektiv nur der Gegensatz zwischen zwei verschiedenen Gesetzlichkeiten, der kausalen Gesetzlichkeit der Natur und der normativen Gesetzlichkeit der Gesellschaft, also der Gegensatz zweier Systeme ist — schon in dem Gegensatz von Natur und Gesellschaft überhaupt. Es ist das Sollen an und für sich, das — subjektiv — als „innerer" Zwang empfunden wird. Allein der „äußere" Zwang, der als Inhalt der Norm gesetzte Zwangsakt ist, im Grunde, nur die unter dem Gesichtspunkte der Realisierungschance erfolgende Manifestation dieses inneren Zwanges. Ist aber die Tendenz zum Zwang schon der die primitivste Gruppe konstituierenden sozialen Ordnung immanent, dann ist schon diese Ordnung im Keime ein Staat, und es bleibt vergebliche Mühe, den Zeitpunkt zu bestimmen, wann oder unter welchen äußeren Bedingungen die „Horde", das ist die noch nicht staatliche Gruppe, Staat wird, das heißt: die soziale Ordnung das äußere Zwangsmoment in sich aufnimmt. Auch der Wandel der sozialen Ideologie ist nur als Kontinuum einer inhaltlichen Entwicklung begreiflich.

B. Die Familientheorie.

Die alte und auch heute noch vielfach verbreitete Vorstellung, daß der Staat aus der Familie entstanden sei, reduziert sich zunächst auf die Annahme, daß das Beisammensein von Eltern und Kindern als Zeugern und Gezeugten im biologischen Sinne die naturgegebene Bedingung für die erste Entstehung einer sozialen Ord-

nung sei, und läßt diese erste Ordnung schon als Zwangsordnung erscheinen. Nicht so sehr in historischer Erfahrung als in rekonstruierender Selbstbeobachtung findet diese Theorie ihre Grundlage. Tatsächlich ist es die Person des großen Vaters, die im Bewußtsein des kleinen Kindes als erste Autorität, als erster Gesetzgeber und sohin schlechthin als Träger des „Soll", der sozialen Ordnung, auftritt. Und so wie späterhin jede Autorität als Vater erlebt wird, weil nur als Vaterersatz der angebetete Gott, der bewunderte Held, der geliebte Fürst auftritt — wie ja diese Autoritäten nur als Repräsentanten des Vaters all jene seelischen Affekte für sich auslösen können, die die Menschen zu Kindern ohne eigenen Willen machen (Freud) — so wird, nach rückwärts schauend, der Vater zum Gründer der Gesellschaft, die Familie zur „Zelle" des Staates gemacht. Und insofern hat diese Anschauung auch ihre Richtigkeit. Nur darf sie nicht, was freilich häufig geschieht, mit dem politischen Hintergedanken auftreten, daß darum die Familie auch die „Stütze" des Staates sein müsse, somit eine bestimmte familienrechtliche Ordnung zum Wesensgehalt des Staates gehöre. Das ist ein Trugschluß, sofern damit mehr als eine — in die Politik gehörige — Anschauung über zweckmäßige Gestaltung der staatlichen Ordnung vorgetragen wird.

Auf ähnlicher Voraussetzung, nämlich auf einer bestimmten sexualphilosophischen Wertdifferenzierung zwischen Mann und Weib, beruht die Theorie, die den Staat wie überhaupt alle „höheren" sozialen Verbände nicht auf die Familie als die Verbindung des Vaters mit der Mutter und ihren Kindern, sondern auf gewisse, durch den vom Sexualtrieb verschiedenen Geselligkeitstrieb erzeugte Männerbünde zurückzuführen versucht (Schurtz). Allein schon die „niederen" Verbände, innerhalb deren sich bei primitiven Völkern solche Männerbünde in Form von Männerhäusern, Altersklassen, Geheimbünden usw. finden, erweisen sich bei näherer Betrachtung als Zwangsordnungen, weisen somit den Keim der Staatlichkeit auf. Die Sozialordnung der Primitiven bezieht sich auf Männer wie Frauen in gleicher Weise, denn sie ist in erster Linie eine Ordnung des Geschlechtsverkehrs und weist — soweit sie uns historisch zugänglich — drakonische Zwangsmaßnahmen auf gegen die normwidrige Betätigung des Geschlechtstriebes (unter Todesstrafe stehende Inzestverbote). Aber auch sofern sie dem Schutze des Lebens dient, setzt sie Zwangsakte, die nur vom subjektiven Standpunkt des in seinen Interessen Verletzten als „Rache" — Blutrache — charakterisiert werden können. Ihre objektive Funktion ist von dieser subjektiven Deutung unabhängig; und nichts steht im Wege, daß der Zwangsakt, mit dem die Rechtsordnung auf den sozialschädlichen Tatbestand reagiert, von dem in seinen Interessen Verletzten selbst — dem Vater, Bruder, Gatten des Getöteten — gesetzt werde. Allerdings bedeutet es sozialtechnisch einen sehr bedeutsamen Fortschritt, wenn der staatliche Zwangsakt nach den Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung nicht mehr von dem Verletzten selbst, sondern allein von hierzu besonders berufenen, speziellen Organen zu setzen ist, und im Zuge dieser Arbeitsteilung an Stelle der nur durch mündliche Tradition vermittelten, schriftlich fixierte, also feste Normen für Unrecht und Unrechtsfolge treten und sich dann Vorschriften für ein bestimmtes Verfahren zur Feststellung des zu ahndenden Tatbestandes bilden: und wenn weiterhin auch das Verfahren der arbeitsteilig funktionierenden Organe den Charakter der Schriftlichkeit annimmt, d. h. technisch ein „aktenmäßiges" Verfahren wird. Eine Rechtsordnung erst in diesem Stadium der sozialen Entwicklung als „Staat" zu bezeichnen, ruft den Schein hervor, alo ob zwischen ihr und einer Rechtsordnung primitiverer Technik irgendein Wesensunterschied bestünde. Zumal wenn man die Differenz darin erblickt, daß erst in dem fortgeschritteneren Stadium Gemeinschaftsorgane, damit aber erst eine Organisation und mit den Staatsorganen der Staat existent wird. Denn auch der die sogenannte Blutrache vollziehende Sohn des widerrechtlich getöteten Vaters tritt als Organ der Rechtsordnung, d. h. aber der durch diese Rechtsordnung und nur durch sie kon-

stituierten Gemeinschaft auf. Zwischen ihm und dem die „Strafe" verhängenden Richter liegt lediglich eine graduelle Differenz: dieser ist zum Unterschied von jenem ein arbeitsteilig funktionierendes Organ. Und auch die primitivere Ordnung ist eine, wenn auch nur primitive, Organisation, ihre Vollzieher Organe. Will man trotzdem nur eine arbeitsteilige Organe delegierende Rechtsordnung „Staat" nennen, so ist gegen solche Terminologie, sofern sie lediglich das sozialtechnische Moment zum Ausdruck bringen will, nichts einzuwenden.

C. Die Klassenkampftheorie.

Abzulehnen ist dagegen auf das Entschiedenste eine Begriffsbildung, die als „Staat" nur jene Zwangsordnung gelten lassen will, deren Zweck oder Wirkung die Herrschaft einer ausbeutenden Gruppe über eine andere, ausgebeutete, kurz die Klassenherrschaft ist. Auch hier ist es nicht Wesenserkenntnis, sondern politische Tendenz, die sittliche Ablehnung solchen Ausbeutungsverhältnisses, die letztlich die Begriffsbildung bestimmt und insbesondere in einer spezifischen Theorie von der Entstehung des Staates Ausdruck sucht. Der Staat soll dieser Theorie zufolge ausschließlich und allein dadurch entstanden sein, daß zwei Gruppen von ökonomisch heterogener Struktur, etwa eine nomadische, Jagd oder Viehzucht treibende und darum kriegerische Horde, mit seßhaft friedlichen Ackerbauern zusammenstoßen, daß jene sich diese unterwerfen, sich zu Herren über sie machen, um sich den gesamten Überschuß des Arbeitsertrages der Unterworfenen dauernd anzueignen (Gumplowicz). Oder aber es wird die Entstehung des Staates, richtiger: der Klassenherrschaft, ohne Zuhilfenahme eines kriegerischen Zusammenstoßes zweier ökonomisch heterogener Gruppen schon aus der immanenten Entwicklung der ursprünglich homogene Gruppe zu erklären versucht: Mit dem Übergang von einer Wirtschaftsform zur anderen, etwa von der Jagd zur Viehzucht, von primitiver zu intensiver Feld- und Viehwirtschaft und zu gewerblicher Produktion setzt sich ein Teil der Gruppe in den Alleinbesitz der Produktionsmittel und gibt der sozialen Ordnung einen solchen Inhalt, daß diese die Aufrechterhaltung dieses Zustandes garantiert (Marx-Engels).

Es soll keineswegs geleugnet werden, daß der Inhalt der staatlichen Zwangsordnung durch Unterwerfung einer Gruppe unter eine andere, durch den Übergang von einer Produktionsform zu einer anderen entscheidend beeinflußt wurde. Falsch ist nur die Meinung, staatliche Zwangsordnung hätte keinen anderen Zweck als den wirtschaftlicher Ausbeutung der Besitzlosen durch die im Privateigentum der Produktionsmittel von der Rechtsordnung Geschützten. Der als „Staat" bezeichnete Zwangsapparat ist ein spezifisches sozialtechnisches Mittel zu sehr verschiedenen Zwecken und kann ebenso wie zur Aufrechterhaltung eines Ausbeutungsverhältnisses zu dessen Milderung, ja zu dessen gänzlicher Aufhebung, d. h. zum Schutze eines Gemeineigentums an den Produktionsmitteln dienen. Gerade weil im Begriffe des Staates vor allem der Gegensatz des Zwanges zur Freiheit der Anarchie Ausdruck sucht, muß sich der Begriff des Staates auf den einer Zwangsordnung beschränken und alle ökonomischen oder sonstigen Zwecke ausscheiden, denen die Zwangsordnung dient. Im übrigen kann die Theorie, die den Staat aus dem kriegerischen Zusammenstoß zweier Gruppen entstehen läßt, ernstlich nicht in Abrede stellen, daß die beiden Gruppen schon vor ihrem Zusammenstoß staatliche Zwangsorganisation aufweisen — das gilt besonders von der kriegerischen Nomadenhorde. Die Theorie freilich, die die Entstehung des Staates aus der Änderung der Produktionsverhältnisse innerhalb der ursprünglich homogenen Gruppe erklärt, stellt sich zwar den sozialen Zustand vor der Entstehung des Staates als einen anarchischen, von jeder Zwangsordnung freien Urkommunismus vor. Allein diese Vorstellung steht mit den historisch bekannten Tatsachen in Widerspruch und ist nicht so sehr das Ergebnis geschichtlicher Forschung als spekulativer Konstruktion, auf der Voraussetzung fußend: daß eine

Zwangsordnung eben nur zur Aufrechterhaltung eines unnatürlichen und unsittlichen Ausbeutungsverhältnisses möglich, nur mit diesem Ausbeutungsverhältnis entstanden sei und mit ihm wieder verschwinden werde. Demzufolge diese Lehre von der Entstehung des Staates ihren Abschluß erst in einer mit ihr korrespondierenden Lehre vom Untergang des Staates findet: Wird das Ausbeutungsverhältnis dadurch überwunden, daß die Produktionsmittel aus dem Privateigentum einzelner wieder in das Gemeineigentum aller übergehen, bedarf es keines Zwangsapparates mehr, denn jeder mögliche Gegensatz zwischen dem subjektiven Wollen und dem objektiven Sollen der sozialen Ordnung ist ausgeschaltet. Der Staat — der sich gerade in dieser Theorie wesentlich nur als Zwangsordnung darstellt — wird überflüssig, er „stirbt ab“ (Engels). Gerade mit ihrer angeblich in die Zukunft weisenden Prognose einer naturnotwendigen Entwicklung verrät diese Lehre den durchaus ethisch-politischen und, wie sich gleich zeigen wird, utopischen Charakter auch ihrer scheinbar der Aufhellung der Vergangenheit dienenden „soziologischen“ Hypothese von der Entstehung des Staates. Dies kann ganz erst aus der folgenden Darstellung des Problems der Politik und ihres Verhältnisses zur Staatslehre hervorgehen.

Zweites Kapitel.

Staat und Moral.
(Staatslehre als Politik.)

§ 7. Die Lehre von der Rechtfertigung des Staates.

A. Politik als Ethik und als Technik.

Politik als Wissenschaft, das heißt als ein System von in Urteilen ausgedrückten Erkenntnissen, muß als spezifische Disziplin von der Allgemeinen Staatslehre unterschieden werden. Fragt die Allgemeine Staatslehre, was der Staat und wie er ist, d. h. welches seine möglichen Grundformen und Hauptinhalte sind, so fragt die Politik, ob der Staat überhaupt sein soll, und wenn: welches die beste unter seinen Möglichkeiten sei. Durch diese Fragestellung erweist sie sich als ein Bestandteil der Ethik, als der Erkenntnis der Moral, die dem menschlichen Verhalten objektive Ziele, d. h. irgendwelche Inhalte als gesollt setzt. Insofern Politik aber unter dem Gesichtspunkt der Realisierung der irgendwie gesetzten und sohin vorausgesetzten objektiven Ziele die hierzu geeigneten Mittel sucht, das heißt: diejenigen Inhalte feststellt, die erfahrungsgemäß als Ursachen jene Wirkungen herbeiführen, die inhaltlich den vorausgesetzten Zielen entsprechen, ist sie nicht Ethik, nicht auf normative Gesetzlichkeit gerichtet, sondern Technik, wenn man es so nennen will: soziale Technik und als solche auf die Kausalgesetzlichkeit des Zusammenhanges von Mittel und Zweck gerichtet. Das normative Problem: ob und warum ein Inhalt gesollt ist, muß von dem teleologischen: welches die Ursachen (Mittel) sind, die einen mit dem gesollten Inhalt übereinstimmenden gewollten Seinszustand (Zweck) bewirken, deutlich unterschieden werden. Ethik und Technik fallen methodisch gänzlich auseinander, wenn sie auch sonst aufeinander angewiesen sein mögen.

Insofern Politik als Ethik auftritt, objektive Ziele setzt, die Gesolltheit irgendwelcher Inhalte behauptet, muß sie in der Begründung ihrer Urteile zu immer allgemeineren und so schließlich zu irgendwelchen letzten Werturteilen oder Normen gelangen, deren Geltung nicht weiter beweisbar ist und die nur vorausgesetzt werden können, soll überhaupt ein ethisch-politisches System möglich sein. Was theoretische Erkenntnis diesen letzten, die verschiedenen politischen Systeme fundierenden Grundnormen gegenüber leisten kann, ist nur der Versuch, die historisch auftretenden oder alle denkbaren Systeme zu typisieren, mit Bezug auf den Gehalt der Grundnorm, auf die Art des als höchsten angenommenen Wertes in zwei oder mehrere Gruppen zu teilen. Die Gegensätze von Subjekt und Objekt, Person und Sache, Individuum und Kollektivum, Freiheit und Gleichheit u. a. m. liefern hier schon vielfach benutzte Einteilungsprinzipien. Doch ist dies ein durchaus dogmenhistorischer und dogmenkritischer, nicht eigentlich ein ethisch-politischer, also normativer Standpunkt, von dem aus solche Einteilung geschieht. Von einem normativen Standpunkt müssen die den verschiedenen Systemen zugrunde liegenden obersten Prinzipien als objektiv unbegründbar und in diesem Sinne als bloß subjektiv, das heißt richtiger: als nur hypothetisch oder relativ gültig angesehen

werden. Alle Urteile des ethisch-politischen Systems stehen unter der — weiter nicht beweisbaren — Voraussetzung des Grundprinzips: Wenn dieses gilt, dann gelten alle übrigen Sätze. Ob es gilt, ist nicht beweisbar. Allerdings hat die ethisch-politische Spekulation mitunter die Tendenz, diese Sachlage durch metaphysische Verabsolutierung der obersten Prinzipien zu überwinden. Und gerade mit Rücksicht darauf kann man die ethisch-politischen Systeme nach dem Weltanschauungsgegensatz gruppieren, der zwischen einer metaphysisch-absolutistischen und einer kritisch-relativistischen Richtung besteht, von denen die eine die Erkennbarkeit absoluter Wahrheiten und absoluter Werte behauptet, die andere aber negiert.

Sofern aber Politik als soziale Technik auftritt, indem sie zu gewissen, als Wirkungen in der natürlichen Wirklichkeit gewollten Inhalten (Zwecken, die Politik — als Ethik — vorher als gesollt gesetzt hat) die entsprechenden Ursachen (Mittel) aufsucht, gibt sie Urteile über die Zweckmäßigkeit von Mitteln ab. Der Wahrheitsgrad dieser Urteile ist nach der Möglichkeit einzuschätzen, die Wirksamkeit der vorgeschlagenen Mittel exakt zu prüfen. Diese Möglichkeit ist aber mangels der Möglichkeit des Experimentes eine verhältnismäßig nur sehr geringe.

B. Der Anarchismus.

Der erste prinzipielle Gegensatz zwischen den politischen Theorien ergibt sich aus der grundsätzlichen Verneinung oder Bejahung des Staates als einer Zwangsordnung. Daß die Geltung der staatlichen Ordnung und daher die Zugehörigkeit zur staatlichen Gemeinschaft unabhängig von dem Wünschen und Wollen derer sei, für die sie, ihrem Sinne nach, zu gelten beansprucht, daß die Wirksamkeit dieser Ordnung durch äußere Zwangsakte garantiert werde, die zum spezifischen Inhalt der staatlichen Ordnung gehören, das kann grundsätzlich verneint werden. Wenn man sich dabei auf die Freiheit als das höchste Wertprinzip beruft, so hat dies zunächst und in erster Linie nur eine ganz negative Bedeutung und entbehrt des Charakters positiver Rechtfertigung. Die geistige Haltung dieses im ursprünglichen und eigentlichen Sinne als „Anarchismus“ zu bezeichnenden Typus bedeutet einfach die Ablehnung des als lästig empfundenen Zwanges, den fremder Wille dem eigenen auferlegt, das Ressentiment gegen die Heteronomie. Mit dem Grundsatz, nur dem eigenen Willen untertan sein, nur der selbstgegebenen Ordnung sich fügen zu wollen, wird — weil man eben dem eigenen Willen nicht „unter“tan sein, der selbst gegebenen und daher jederzeit selbst abänderbaren Ordnung sich nicht „fügen“ kann — der Gedanke der Ordnung zunächst überhaupt abgelehnt. Es ist nicht ein Sollen, eine Norm bestimmten Inhalts, die dieser individualistische Anarchismus dem Staat als einer Ordnung anderen Inhalts entgegenstellt; sondern es ist die grundsätzliche Leugnung jedes Sollens, es ist die Negation der Norm überhaupt, die mit der Ablehnung ihrer objektiven Gültigkeit notwendig verbunden ist. Und sofern das Soziale wesentlich eine objektive Ordnung, die Welt des Sozialen die Welt der objektiven Normen, der objektiven Werte ist, so bedeutet dieser in der Sphäre des Subjektiven verharrende Anarchismus einen sozialen Nihilismus. Daß sich die Phraseologie dieser Mentalität vornehmlich in der „Vernichtung“ und „Zerstörung“ der bestehenden Gesellschaft äußert, ist nur ein verhältnismäßig untergeordnetes Symptom. Entscheidend ist, daß sie Gesellschaft überhaupt nicht begreifen kann. Die subjektivistische Sozialtheorie des Anarchismus steht in voller Parallele zu einem erkenntniskritischen Solipsismus, der, weil er vom Subjekt als dem Grund und Maß alles Realen ausgeht, in der Sphäre des Subjektiven befangen bleiben, daher das Objektive, die Welt als Nicht-Subjekt leugnen muß. — Indes ebensowenig wie dieser erkenntnistheoretische Solipsismus kann der sozialtheoretische Anarchismus konsequent bleiben. So wie jener die Negation des Objekts schon in seinen eigenen — ihrem Wesen nach objektiven — Urteilen aufhebt, in denen das Subjekt zum Gegenstand des Urteils — und somit gleichsam denaturiert — zu dem ursprünglich geleug-

neten Objekt wird, so strebt der Anarchismus, indem er seine Position zu rechtfertigen sucht, unbewußt wieder in die Sphäre jenes Objektiv-Sozialen zurück, das er vorerst zu vernichten versuchte. Denn alle „Rechtfertigung" bedeutet „Objektivierung".

Das ist der Weg, auf dem der individualistische zum sogenannten „kollektivistischen" Anarchismus wird, eine Wendung, die sich, mehr oder weniger ausgesprochen, bei allen theoretischen Anarchisten vollzieht. Es ist schon ein erster Schritt in dieser Richtung, wenn die „Freiheit" als objektives Wertprinzip, das heißt aber: als Norm, als Sollen bestimmten Inhalts dargestellt und so nur zu einer Gesetzlichkeit, also Gebundenheit anderer Art wird, als es die Kausalgesetzlichkeit der Natur ist. Und wenn auch der Inhalt, den der Anarchismus dem Sollen gibt, sich als dieser Form nicht adäquat erweist, wenn in dem Satze: „du sollst nur, was du willst" der Inhalt die Form gleichsam sprengt, so zeigt sich in ihm doch die Tendenz zur Norm und nicht ihre schlechthinige Negation. Der sogenannte kollektivistische Anarchismus bedeutet nicht Ordnungslosigkeit; er bejaht die Welt des Sozialen. Aber er identifiziert sie mit der Ordnung der Natur. Wenn er jeden „künstlichen" Eingriff in den Zustand der „natürlichen" Gesellschaft, der ein Zustand der natürlichen Freiheit ist, ablehnt, wenn er die „Rückkehr zur Natur" postuliert, so tut er dies, weil er ein „ordre naturel", eine naturgegebene Ordnung des menschlichen Verhaltens annimmt, die nur ein Bestandteil der natürlichen Ordnung überhaupt ist. Er leugnet nicht eine soziale Gesetzlichkeit, nur ist sie ihm ein Fall der kausalen Naturgesetzlichkeit überhaupt. Er stellt durchaus nicht, wie der amoralische, wertblinde Nihilismus, das Sollen in Abrede, er ist vielmehr durchaus ethisch, durchaus normativ orientiert. Nur daß er eben annimmt, daß Sein und Sollen zusammenfallen, daß alles Seiende gut sei oder doch sich notwendig zum Guten entwickle. Die natürliche, von jedem künstlichen Eingriff befreite Ordnung ist die für alle Teile beste Ordnung, stellt allein die natürliche Harmonie dar, in der das Interesse Aller und nicht nur Einzelner oder einer bevorzugten Gruppe gewährleistet wird. Der staatliche Zwang bedeutet daher eine Störung dieser Harmonie. Fällt er fort, dann ist sogleich die solidarische Gemeinschaft einer gerechten, weil natürlichen, in der Natur der Dinge selbst gegebenen Ordnung gesichert, einer Gemeinschaft, innerhalb deren es keine Gegensätze mehr zwischen den Gliedern und keinen Gegensatz irgendwelcher Glieder zu einer nur die Interessen eines Teiles wahrenden Ordnung gibt. Eine solche Ordnung bedarf eben des Zwanges nicht, da sie vom Menschen nur fordert, was er selbst kraft seines innersten, wahren Wesens will. Und diese der Natur des Menschen völlig entsprechende, weil dieser Natur entspringende Ordnung ist darum völlig gut, weil der Mensch selbst, wie alles Lebendige, ja wie alles Seiende, ursprünglich gut ist, weil der Mensch nur durch die künstliche Ordnung des Staates mit ihrem eben darum allein notwendigen Zwang schlecht gemacht wird und so erst des Zwanges bedarf. Daher erklärt dieser Anarchismus den historischen Staat als ein Übel, gleichsam als eine pathologische Erscheinung.

Aus einer derartigen Einstellung zu dem sozialen Problem im allgemeinen und dem des Staates im besonderen ergibt sich eine sehr charakteristische methodologische Konsequenz. Da die Gesellschaft als etwas „Natürliches", d. h. aber als ein Stück der kausalgesetzlich bestimmten Natur angesehen wird, muß Erkenntnis der Gesellschaft nur als eine auf naturgesetzliche Zusammenhänge gerichtete Kausalwissenschaft versucht werden. Da jeder prinzipielle Unterschied zwischen Sein und Sollen ignoriert oder gar geleugnet wird, muß auch jeder Gegensatz zwischen einer kausalen und einer normativen Betrachtung wegfallen. Die Erkenntnis des tatsächlichen Geschehens und die Einsicht in das richtige Verhalten der Menschen muß in derselben Betrachtung zusammenfallen. Und demnach muß dem tatsächlichen Geschehen das Gute, der sozialen Wirklichkeit der Wert gleichsam immanent sein. Das Wirkliche ist entweder von vornherein zugleich das Gute, oder ist doch in einer

Entwicklung vom Bösen zum Guten, vom Guten zum Besseren und Besten, begriffen. Die soziale Entwicklung ist ebenso naturnotwendig wie sie eine Höherentwicklung im ethischen Sinne ist. Nach Muster der Naturwissenschaft — so wie sie im XIX. Jahrhundert mit beispiellosem Erfolge entwickelt wurde — bemüht sich die so gerichtete soziale Theorie ein Entwicklungsgesetz der menschlichen Gesellschaft zu entdecken, wie etwa dieses: Der Staat war anfänglich nicht, die soziale Entwicklung geht von einem „natürlichen“, d. h. paradiesischen Unschuldsstand der Freiheit aus und wird wieder auf höherer Stufe zu einem solchen anarchischen Zustand zurückkehren. Das hier beliebte Entwicklungsschema ist jedoch nur das bewährte Mittel, um eine ethisch-politische Grundanschauung auf eine konstruierthistorische Ebene zu projizieren. Der Irrtum dieser Grundanschauung aber besteht darin, daß sie auf der einen Seite den Gegensatz von Sein und Sollen mit der Annahme einer Wertimmanenz der Wirklichkeit leugnet, auf der anderen Seite aber doch irgendeine Wirklichkeit — den Staat als historisches Faktum — für wertwidrig erklärt, dem natürlich-guten einen „künstlich“-schlechten entgegenstellt, obgleich sie von ihrem monistischen Standpunkt aus auch dieses „künstliche“ als irgendwie natürlich geworden und daher als „gut“ begreifen müßte. In diesem Gegensatz von „natürlich“ und „künstlich“, von Freiheit und Zwang usw. manifestiert sich eben nicht der Unterschied zweier Gegenstände desselben Systems, sondern der Gegensatz zweier verschiedener Betrachtungsweisen und sohin zweier verschiedener Erkenntnissysteme, der Gegensatz von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, Natur und Geist, insbesondere aber: Natur und Gesellschaft. Es gibt nicht eine natürliche und eine künstliche soziale Ordnung, sondern jede soziale Ordnung ist als eine der Naturordnung gegenüber andersgesetzliche, im Verhältnis zu diesem naturgesetzlichen System „künstlich“. Eine von mehreren möglichen sozialen Ordnungen als „natürliche“ zu qualifizieren, bedeutet daher nichts anderes, als ihr den absoluten Vorzug gegenüber anderen geben: Die Identifikation mit der „Natur“ ist nur der versteckte Versuch ihrer Verabsolutierung. Das ist ein Grundzug der „natur“-rechtlichen Ideologie, die heute wie je das ethisch-politische Denken beherrscht. In der mangelnden Einsicht in den Dualismus von Sein und Sollen, in der Annahme einer mit der Naturordnung identischen, der menschlichen Natur völlig kongruenten Sozialordnung liegt auch letztlich der Grund, der die Theorie zu der utopischen Annahme einer absolut guten Menschennatur verleitete, die jeden Zwang überflüssig macht. Wenn das Sein des subjektiven Verhaltens von vornherein in keinen Gegensatz zum Sollen der objektiven Ordnung geraten kann, dann ist jeder Zwang überflüssig, dessen Zweck allein ist, das subjektive Verhalten der objektiven Ordnung zu konformieren. In demselben Maße, in dem sich die soziale Theorie von dem — im Verhältnis zum Sozialen relativ — subjektiven Bereich des naturhaften Geschehens loslöst und sich zu einer objektiv-eigengesetzlichen Sphäre erhebt, in dem selben Maße also als die Objektivität der sozialen Ordnung, ihr Soll- oder Normcharakter und damit die Möglichkeit des Widerspruches zwischen dem tatsächlichen Verhalten der Individuen und der sozialen Ordnung erkannt wird, muß die Einsicht in die technische Notwendigkeit des Zwangsmomentes im Inhalt einer Lebensinteressen regulierenden sozialen Ordnung zunehmen. Und darum ist es durchaus nicht zu verwundern, daß der sogenannte kollektivistische Anarchismus schließlich auch das Zwangsmoment nicht gänzlich ablehnt, weil er mit Rücksicht auf die Objektivität der Geltung der von ihm postulierten Ordnung einen möglichen Konflikt dieser Ordnung mit einzelnen Gliedern der Gemeinschaft nicht gänzlich für ausgeschlossen hält, den Widerspruch zu seiner Ausgangsposition aber dadurch abzuschwächen sucht, daß er diesen auch der anarchischen Ordnung unentbehrlichen Zwang als „Ausnahme“ hinstellt und die gegen den Willen des Widerstrebenden einzusetzende Reaktion nicht eigentlich als „Zwang“ deuten lassen möchte, da dieser „Zwang“ ja im Solidarinteresse aller geübt, von jedem, seine „wahren“ Interessen einsehenden

Individuum eigentlich selbst gewollt, stillschweigend anerkannt sein müsse. Womit sich diese allen Zwang perhorreszierende Theorie freilich nur derselben fiktiven Argumentation bedient, wie auch die den staatlichen Zwang rechtfertigende Doktrin des Etatismus oder Politismus.

C. Der Etatismus.

Als ,,Etatismus" oder ,,Politismus" soll hier im Gegensatz zum Anarchismus jene politische Theorie, genauer: die Grundrichtung aller jener politischen Theorien, bezeichnet werden, die den Staat als Zwangsordnung grundsätzlich bejahen. An einem allgemein gebräuchlichen Terminus, der alle diese staatsbejahenden politischen Systeme zusammenfaßt, fehlt es bisher. Und das ist nicht eigentlich ein Zufall, denn der Inbegriff der staatsbejahenden politischen Theorien ist, im Grunde genommen, der Inbegriff aller politischen Theorien überhaupt, da eine Theorie, die den Staat konsequent verneint — wie eben gezeigt — sich selbst als politische, ja als soziale Theorie überhaupt aufhebt.

1. Liberale, konservative und staatssozialistische Theorie. Wenn der kollektivistische Anarchismus in seiner sozialen Ordnung das Zwangsmoment wenigstens ausnahmsweise zuläßt, nimmt er schon die Wendung zu einer etatistischen Theorie. Denn indem die Anwendung von Zwang und daher die Ausbildung eines Zwangsapparates — wenn auch nur gegen offenbar verblendete, ihr ,,wahres" Interesse nicht einsehende und darum eigentlich als sozialpathologisch zu beurteilende Gemeinschaftsglieder — zugelassen wird, ist der Staat nicht mehr negiert, sondern bloß zugunsten der freien Gesellschaft reduziert. Und das ist auch die Haltung, die die politische Theorie des sogenannten Liberalismus einnimmt. Nur daß dieser nicht notwendig von der optimistisch-utopischen Voraussetzung ausgeht, daß der Mensch grundsätzlich gut, sozialschädliches Verhalten somit nur eine Krankheitserscheinung sei, so daß der dagegen einzusetzende Zwangsakt nicht Strafe, sondern Heilung, Besserung oder Unschädlichmachung bedeutet; vielmehr hält er, bei realistischer Beurteilung der menschlichen Natur, Zwangsanwendung und sohin den Staat für unvermeidlich, will ihn aber, als ein notwendiges Übel, auf die notwendigsten Belange eingeschränkt wissen: Verteidigung gegen kriegerische Angriffe von Außen, Schutz des Lebens und Eigentums der Staatsglieder im Inneren; jedoch keine positive Förderung der Wohlfahrt der Bürger, insbesondere keine staatlichen Eingriffe in Wirtschaftsleben und geistige Kultur, die am besten gedeihen, wenn sie dem freien Spiel der gesellschaftlichen Kräfte überlassen bleiben. Soll die staatliche Zwangsordnung, damit die Freiheit der Individuen gewahrt bleibe, ihrem Inhalte nach möglichst eingeschränkt werden — worauf in der Lehre vom limitierenden Staatszweck noch zurückzukommen sein wird — dann soll auch die Form der staatlichen Ordnung, das ist aber ihre Erzeugung, dem Ideale möglichster Freiheit aller Bürger entsprechen. Ist staatlicher Zwang als Rechtsbindung unvermeidlich, dann kann die Freiheit nur in der Selbstbindung, Selbstbestimmung der rechtlich zu Bestimmenden bestehen, dann muß die staatliche Rechtsordnung von denjenigen selbst erzeugt werden, für die sie verpflichtende Geltung beansprucht, dann ist Selbstgesetzgebung, Selbstverwaltung, kurz demokratische Staatsform die Forderung des Liberalismus (vgl. S. 320ff.).

Von dem gerade entgegengesetzten Standpunkt wie Anarchismus und Liberalismus geht diejenige politische Theorie aus, die man für gewöhnlich als die konservative bezeichnet. Für sie ist nicht das Einzelindividuum und sohin dessen Freiheit, sondern das Kollektivum höchster Wert. Das Individuum erscheint ihr, soweit sie auch eine Wesenslehre vom Staat ist, als unselbständiger Teil eines höheren Ganzen, als welches ihr der Staat gilt, dessen Funktionen dem Individuum gegenüber demnach grundsätzlich keine Schranken gezogen werden. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft gestaltet sich vom Standpunkte dieser Anschauung in der Weise, daß

die Gesellschaft vom Staat absorbiert wird. Es wird von den Autoren dieser Richtung nicht nur die Forderung vorgetragen, alle oder doch möglichst viele soziale Beziehungen zu verstaatlichen, sondern es besteht bei ihren Theoretikern auch die deutliche Tendenz, den Staat mit der Gesellschaft zu identifizieren. Methodologisch läßt sich diese soziale Theorie mit einem erkenntnistheoretischen Objektivismus in Parallele bringen, der von einer objektiven Vernunft, einem objektiven Geiste ausgeht, demgegenüber das individuelle Bewußtsein eine mehr oder weniger unselbständige und ephemere Erscheinung, vielleicht sogar nur eine Täuschung ist. Wie diese erkenntnistheoretische, so neigt auch die analoge soziale Theorie zu metaphysischer Verabsolutierung. Da die Freiheit des Individuums für diese politische Theorie grundsätzlich kein Wert ist, steht nichts im Wege, die Erzeugung der staatlichen Ordnung auch in der Form zuzulassen, bei der jede Beteiligung der großen Masse der Normunterworfenen ausgeschlossen ist. Die Herrschaft gebührt dem Besten oder doch den Besten. Tatsächlich zeigen die meisten Autoren dieser Richtung autokratische oder aristokratische Neigungen. Doch muß mit Nachdruck betont werden, daß zwischen einer objektivistischen Sozialtheorie auf der einen Seite und den politischen Postulaten eines expansiven Staatszwecks und einer autokratischen Staatsform auf der anderen Seite ein denknotwendiger Zusammenhang nicht besteht. Wie denn überhaupt aus der Einsicht in das Wesen der Gesellschaft im allgemeinen und des Staates im besonderen kein Schluß auf eine bestimmte Gestaltung der Form sowohl wie des Inhalts staatlicher Ordnung gezogen werden darf. Man kann theoretisch auf dem Standpunkt einer objektivistischen Staatsauffassung stehen und politisch für Demokratie und Einschränkung des Staatszwecks sein, man kann aber auch die demokratische Forderung mit der Tendenz möglichster Verstaatlichung der Gesellschaft verbinden.

Das gilt z. B. durchaus von jener politischen Richtung, die man gemeinhin als Staatssozialismus bezeichnet, und die mit der konservativen Politik den scharfen Gegensatz zum Liberalismus gemeinsam hat. Der Staatssozialismus unterscheidet sich von der konservativen Theorie vor allem dadurch, daß diese die gegenwärtige Gestaltung der gesellschaftlichen und insbesondere der ökonomischen Verhältnisse, somit eine mehr oder weniger starke Differenzierung der gesellschaftlichen Gruppen oder Klassen durch die staatliche Zwangsordnung zu erhalten sucht, während jener das sozialistische Ideal der Gleichheit durch eine Verstaatlichung der gesamten Produktion und eine Regulierung der Konsumtion, der Verteilung der Produkte, anstrebt. Der etatistische Sozialismus bejaht den Staat und sieht in ihm das geeignetste sozialtechnische Mittel zur Verwirklichung seines Ideals. Dadurch gerät er in einen Gegensatz auch zum anarchistischen Sozialismus, der sein Ideal nur innerhalb der freien Gesellschaft für realisierbar hält und demnach entweder die revolutionäre Abschaffung des Staates fordert oder von der sozialen Evolution ein allmähliches Absterben des Staates erwartet.

Der Liberalismus, so wie er am Beginne des XIX. Jahrhunderts als Erbe des individualistischen Naturrechtes kräftig in die Erscheinung tritt, ist ursprünglich die politische Theorie des Bürgertums, das zwar ökonomisch saturiert, aber noch politisch nicht vollberechtigt ist. Denn die Staatsregierung liegt noch in den Händen des Monarchen und des mit ihm in Interessengemeinschaft stehenden Adels. Da das Bürgertum auf die Bildung des staatlichen Willens keinen entscheidenden Einfluß hat, erklärt seine politische Ideologie diesen Staat für ein Übel. Da es sich aber in seinen ökonomischen Interessen von diesem Staat geschützt sieht, läßt seine Theorie ihn immerhin als ein notwendiges Übel gelten. Zugleich fordert sie aber, was der sozialen Schichte, deren ideologischer Ausdruck sie ist, noch fehlt: Demokratie, das heißt aber Beteiligung an dem Staate, von dem frei zu sein andererseits doch ihr Ideal bleibt. Das Proletariat aber, die Masse der nicht nur politisch, sondern auch ökonomisch Besitzlosen, kann in seiner Ideologie konsequenter sein. Der Sozialismus,

der als politische Theorie dieses Proletariates um die Mitte des XIX. Jahrhunderts immer mächtiger in die Erscheinung tritt, ist — wenigstens in seiner Hauptrichtung, dem sogenannten Marxismus — durchaus anarchistisch gerichtet. Der Staat, der ihm weder politisch noch ökonomisch etwas bietet, ist für ihn kein notwendiges, sondern ein früher oder später überflüssiges Übel. Es ist derselbe historisch-konkrete Staat des XIX. Jahrhunderts — und nicht, wie diese politischen Theorien vorgeben, der Staat schlechthin — der in der konservativen Theorie, die in der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts die Theorie der politisch herrschenden Klasse ist, als höchste sittliche Realität, gepriesen und dessen Erhaltung und Ausgestaltung als das höchste sittliche Ziel postuliert wird.

Gegen Ende des XIX. Jahrhunderts vollzieht sich allmählich ein sehr charakteristischer Wandel. Das Bürgertum, das inzwischen auch politisch zur herrschenden oder doch zumindest zur mitherrschenden Klasse geworden ist, das den Adel aus seiner Stellung in der Regierung des Staates ganz oder doch zum großen Teil verdrängt, das vor allem in der Form der konstitutionellen Monarchie entscheidenden Anteil an der Gesetzgebung erlangt hat, erkennt den Staat nunmehr als *seinen* Staat. Es ändert demnach seine politische Ideologie. Der Staat ist in der die geistigen Interessen des Bürgertums repräsentierenden Theorie keineswegs mehr ein notwendiges Übel, sondern ein notwendiges und nützliches Werkzeug zur Verwirklichung mannigfaltiger sozialer Zwecke. In seinen besten Vertretern entscheidet sich das Bürgertum um die Wende des XX. Jahrhunderts für weitgehende staatliche Sozialpolitik und für Verstaatlichung gewisser im überwiegenden Allgemeininteresse gelegener Wirtschaftsfunktionen, speziell des Verkehrswesens. Der alte Liberalismus verschwindet allmählich als politische Theorie des Bürgertums und wird zusehends von einer Richtung verdrängt, die man halb ironisch als Kathedersozialismus bezeichnet, und die sich dem, was man Staatssozialismus nennt, ziemlich nähert. — In demselben Maße aber, in dem der Gegensatz zwischen Bürgertum und Adel, d. h. zwischen liberaler und konservativer Theorie, verwischt wird, in demselben Maße tritt der Gegensatz zwischen Bourgeoisie, als der Klasse der ökonomisch wie politisch Herrschenden, und Proletariat, als der Klasse der ökonomisch wie politisch Besitzlosen, in den Vordergrund. Allein dieser Gegensatz, der nur durch eine revolutionäre Katastrophe überwindbar scheint, wird dadurch wieder wesentlich abgeschwächt, daß einerseits das Proletariat durch den auch von bürgerlicher Seite geförderten Ausbau der Demokratie, durch das allgemeine und gleiche Wahlrecht politisch berechtigt wird, andererseits die Bourgeoisie — wenn auch unter dem Drucke der stetig zunehmenden proletarischen Bewegung — auch ökonomisch und kulturell die Herrschaft nur auf einer mittleren Linie zu behaupten sucht: Sozialpolitik, ausgleichende Steuergesetzgebung, nur beschränkte Wirtschaftsfreiheit, kulturpolitische Aufgaben des Staates. Dem so gestalteten Staate gegenüber kann aber auch die sozialistische Theorie — als Ideologie des Proletariates — an ihrer ursprünglichen extrem anarchistischen Stellung nicht festhalten, zumal die politischen Parteien des Sozialismus mit zunehmender Stärke bei demokratischer Verfassung gezwungen werden, sei es allein, sei es in Verbindung mit bürgerlichen Parteien die Regierung jenes Staates zu übernehmen, den abzuschaffen oder absterben zu lassen ihr ursprüngliches Dogma lehrte. Dieses Dogma, das sich im Kampf um die politische Herrschaft als brauchbares Werkzeug bewährt hat, wird ein Hindernis auf dem Wege zur Macht. Darum wird es — offen oder verhüllt — fallen gelassen. Der Sozialismus als politische Ideologie der proletarischen Massenbewegung geht von einer anarchistischen zu einer etatistischen Position über.

2. Die Machttheorie. Wenn dem Etatismus eine Begründung seines Standpunktes zugemutet, das Problem einer Rechtfertigung des Staates aufgeworfen wird, so muß vorerst klargestellt sein, in welchem Sinne diese Frage nach dem Grunde des Staates (nach dem „Rechts"-Grunde, wie man gewöhnlich sagt,

ohne zu merken, daß man Staat und Recht identifiziert, wenn man als Grund des Staates den Grund des Rechtes angibt), überhaupt gestellt werden kann. Da der Staat als eine spezifische soziale Einheit nur als Ordnung, nur als ein System von Normen zu begreifen ist, kann die Frage nach seinem Grunde — von allen sonst notwendigen Bestimmungen ihres Sinnes abgesehen — als Frage nach dem Grunde eines Sollens, einer Norm, wiederum nur auf ein Sollen, eine Norm, abzielen. Darin gerade besteht ja der logisch unversöhnliche Dualismus von Sein und Sollen, daß die Frage: warum irgendein Inhalt als seiend oder gesollt gelte, stets innerhalb einer der beiden Sphären gefangen bleibt, daß für diese Frage keine logische Brücke vom Sein zum Sollen oder vom Sollen zum Sein führt. Da „Rechtfertigung" stets nur die Frage nach dem Grunde eines Sollens ist, kann diese Frage ebenso, wie sie nur zu einem Sollen führen kann, nur von einem Sollen ausgehen, d. h. sich nur auf eine Norm als Gegenstand der Frage beziehen. Das Sein ist als solches nicht rechtfertigbar, ist nur kausal erklärbar. Wenn daher — wie dies so oft geschieht — die Frage, nach dem Grunde des Staates mit dem Hinweis auf irgendein Seinsfaktum beantwortet wird, so ist dies entweder ein offenbarer Methodensynkretismus oder aber ein Symptom dafür, daß man den Staat nicht als Ordnung eines Normensystems, sondern als gleichfalls „natürliches" Seinsfaktum, sohin als Wirkung von Ursachen auffaßt, nicht auf die normative Rechtfertigung einer Soll-Geltung, sondern die kausale Erklärung einer Seinswirkung abzielt. Das heißt aber: daß an Stelle des spezifischen geistigen Gehaltes einer ideellen Ordnung, die allein jene Einheit konstituieren kann, die man „Staat" nennt, zum Problemgegenstand das psychische Faktum geworden ist, daß Menschen Vorstellungen, Wollungen haben, die jenen geistigen Gehalt „Staat" beinhalten, und in ihrem äußeren Verhalten von diesen Vorstellungen, Wollungen usw. motiviert werden. Die Berechtigung solcher Problemstellung soll nicht angezweifelt, sondern es soll lediglich festgestellt werden, daß sie sich nicht eigentlich auf den „Staat" bezieht.

Es ist im wesentlichen die eben charakterisierte Verschiebung des Problems, wenn die heute sicherlich verbreitetste Theorie eine Rechtfertigung des Staates durch einen Hinweis auf „seine" Macht versucht. Und es ist zunächst kein ethisches, sondern ein logisch-methodologisches Postulat, wenn diese Machttheorie abgelehnt wird. Denn schon in der Stellung der Rechtfertigungsfrage an und für sich liegt die Voraussetzung, daß das zu rechtfertigende Objekt in der einer Rechtfertigung allein zugänglichen Sphäre der Normen seinen Platz hat, also selbst Norm ist. Es ist die Forderung der Methodenreinheit, die Einsicht, daß Norm nur aus Norm, Recht nur aus Recht werden, d. h. begründet werden kann, die nicht zulassen will, daß als Grund des Staates die Macht, das heißt irgendein wirksames, als Wirkung von Ursachen zu begreifendes Seinsfaktum behauptet werde.

Wenn als Grund — und konsequenterweise dann auch als Wesen — des Staates die Macht behauptet wird, so bedeutet dies, mit dem Ausschalten jeder normativen Betrachtungsweise, den Verzicht auf eine Erkenntnis der spezifisch-sozialen Eigengesetzlichkeit im allgemeinen und des Staates im besonderen. Und darin berührt sich die Machttheorie, die den Staat rechtfertigen will, mit der Theorie des Anarchismus, die ihn verneint. Diese glaubt den Staat negieren zu können, weil sie ihn nicht begreift; sie sieht in allen Zwangsakten eben nur Macht, nur nackte Gewalt, weil sie jene normative Ordnung nicht gelten läßt, durch die allein diese Akte auf den Staat bezogen, als Rechtsakte begriffen werden können. Jene glaubt, ihn zu bejahen, obgleich sie ihn nicht begreifen kann, weil auch ihr jene Beziehung auf die Einheit einer normativen Ordnung versagt bleibt, solange sie in den Zwangsakten nur Macht erblickt; und daher bejaht sie auch gar nicht den Staat, den Staat als Rechtsordnung, sondern etwas ganz anderes, was einer Bejahung im Sinne einer Rechtfertigung weder bedarf noch überhaupt fähig ist: irgendwelche Seinsfakten. Wie sehr aber diese Machttheorie sich auf Rechtfertigung einstellt — und damit allein schon ihr Resultat

vorweg desavouiert — das zeigt sich in ihrer ausgesprochenen Tendenz zu einer normativen Terminologie. Die Machttheorie tritt nämlich stets im Gewande einer Rechtstheorie auf. Sie trägt sich als die Lehre vom „Recht des Stärkeren" vor, und ist schließlich und endlich doch stets bestrebt, diese Macht als Recht erscheinen zu lassen. So wie ja auch die anarchistische Theorie aus einer bloßen Negation jeder normativen Ordnung zu deren Identifikation mit der Ordnung der Natur wird. Indem die Machttheorie zu rechtfertigen sucht, was einer Rechtfertigung nicht fähig ist, nämlich die Seinstatsache, daß Menschen Vorstellungen und Wollungen bestimmten Inhaltes haben, und von diesen motiviert werden, bleibt sie für diese Tatsache auch die ihr adäquate Erklärung schuldig. Denn als Ursache dieser Tatsache die Macht des Staates anzuführen, ist darum keine Erklärung, weil die zu erklärende Tatsache die „Macht des Staates" selbst ist. Wie so oft, wird auch hier unter dem Schein einer Problemlösung das Problem nur gestellt. Und dabei ist es nicht eigentlich die Frage nach den Ursachen der Wirksamkeit der Staats- (oder Rechts-)Ideologie, die den richtigen Kern der Lehre bildet, der Grund des Staates sei seine Macht, oder m. a. W.: die staatliche Ordnung gelte, weil der Staat die entsprechende Macht habe; sondern wahrscheinlich die bereits in anderem Zusammenhange betonte Beziehung zwischen der Faktizität und Normativität, der Wirksamkeit und Geltung von Staat oder Recht. Die sogenannte Machttheorie ist — zumindest auch — ein verunglückter Versuch, die bezeichnete Relation auszudrücken; darum verunglückt, weil dabei das Moment der Faktizität so gut wie ausschließlich berücksichtigt, das Moment der Normativität aber auf die bloße Sprachform — das „Recht" des Stärkeren — reduziert wird.

3. Die Vertrags- und Anerkennungstheorie. Es führt nicht eigentlich zum Rechtsgrund des Staates, wenn das Problem seiner Rechtfertigung in der Frage gestellt wird: warum soll ich, das der Ordnung unterworfene Subjekt, dieser Zwangsordnung gehorchen? Denn wenn die Frage von vornherein auf das Subjekt eingestellt ist, kann die Antwort sich nicht aus dem Bereich des Subjektiven zum Objekt, zum Staat als einer vom Wünschen und Wollen des Subjektes unabhängig gültigen Ordnung erheben. Schon darin, daß das Rechtfertigungsproblem überhaupt gestellt wird, scheint die Gefahr einer Antinomie zu liegen, sofern eine objektive Geltung sich vor dem Forum der Vernunft, meiner, des Fragenden, der subjektiven Vernunft legitimieren soll. Und nur der Hinweis, daß es eben nicht die höchst ephemere und gleichgültige subjektive Vernunft des zufällig Fragenden, sondern die objektive Vernunft wissenschaftlicher Erkenntnis ist, kann diesem Bedenken begegnen. Allein wenn überhaupt nach dem Grunde dieses Gehorsams gefragt wird, den das Subjekt dem Staate zu zollen hat, so ist damit schon vorweggenommen, daß der gesuchte Grund nur im Willen des Subjektes gefunden werden kann. Das ist demnach auch die Fragestellung, die zu der den eisernen Bestand aller Naturrechtslehre bildenden Vertragstheorie führt. Ihr unter den mannigfaltigsten Verkleidungen auftretender Grundgedanke ist: Die staatliche Ordnung, ja soziale Ordnung überhaupt gilt nur, weil und sofern ich, das dieser Ordnung untertane Subjekt, sie will, ihrem Inhalte zustimme, ihren Inhalt in meinen Willen aufnehme. Und sofern eben alle soziale Ordnung das gegenseitige Verhalten einer Mehrheit von Subjekten reguliert, beruht sie auf deren übereinstimmenden Willen, das ist: dem Vertrag. Bei dieser — der üblichen — Darstellung der Vertragstheorie hat es den Anschein, als ob das Seinsfaktum des subjektiven Willensaktes den Geltungsgrund der staatlichen Ordnung bilde. Tatsächlich wird dies oft angenommen. Indes kann es nur eine objektive Norm sein und es ist dies die bekannte Formel: du sollst nur, was du willst. Erst sie zeigt, wie gänzlich aussichtslos der Versuch ist, die historisch-positive Rechtsordnung des Staates mit der Vertragstheorie zu rechtfertigen. In ihrer vollen Konsequenz müßte sie zu dem Resultate führen, daß der Einzelne durch den Staat nicht nur lediglich dazu verpflichtet werden kann, wozu er selbst seine Zustimmung erteilt, sondern

daß er auch nur solange verpflichtet ist, als er zustimmt, ihm also jederzeit freistehen muß, eine bereits erteilte Zustimmung wieder zurückzuziehen. Indes ist die Vertragstheorie mit solcher Konsequenz nur ausnahmsweise vertreten worden. In diesem Stadium steht sie auf einer Stufe mit dem Anarchismus und bedeutet — trotz ihrer gegenteiligen Absicht — nicht eine Rechtfertigung, sondern eine Auflösung des Staates und jedes sozialen Gebildes. Demnach nimmt denn auch die Vertragstheorie in demselben Maße, als sie einer wirklichen Begründung der objektiven Staatsordnung zustrebt, die Bedeutung an, daß der Einzelne von dem einmal geäußerten Willen nicht einseitig, sondern nur in Übereinstimmung mit allen anderen Kompaszibenten des Sozialvertrages zurücktreten dürfe. Die Grundnorm lautet demnach: pacta sunt servanda, der Wille des Subjekts, bzw. die übereinstimmenden Willensäußerungen der Vertragschließenden bilden den Tatbestand, an den die Grundnorm die Gehorsamspflicht knüpft. Ein deutlicher Schritt in der Richtung zu einer auch materialen Objektivität. Indes ist die Differenz zwischen dieser Grundnorm und der positiven Rechtsordnung, die in so mannigfachem Widerspruch zu individuellen Interessen entsteht und weitergebildet wird, noch immer groß genug. Und doch hat wohl kaum ein Vertreter der Vertragstheorie den Mut gehabt, alle nicht vertragsmäßig gewordenen Inhalte der positiven Rechtsordnung für Nicht-Recht, für ungültig zu erklären. Die Kluft zu überbrücken, werden Fiktionen herangezogen. In den seltensten Fällen ist man so naiv, die Vertragstheorie in dem Sinne zu verstehen, daß damit der Vertrag als ein historisches Faktum der Staatsgründung zu verstehen wäre. Man stellt mit ihr vielmehr nur die Forderung an die positive Rechtsordnung: sie solle so gestaltet sein, als ob sie durch die übereinstimmende Willensäußerung derer, für die sie Geltung beansprucht, zustande gekommen wäre. Es ist, im Grunde, nur das Postulat einer gerechten Rechtsordnung, einer solidarischen Rechtsgemeinschaft; und wenn man sich dabei der Rechtskategorie des Vertrages bedient, so soll damit auch zum Ausdruck kommen, daß man die Staatsordnung als Rechtsordnung, die sozialen Beziehungen der Subjekte als Rechtsverhältnisse, als Pflichten und Rechte zu begreifen sucht. Der Vertrag ist eben die geläufigste Form, in der man Pflichten und Rechte sich konstituieren sieht; und wenn man auch an dem, was nur Tatbestand ist, haften bleibt, und nicht bis zum Rechtsgrund, der objektiven Norm, vordringt, die an den Tatbestand des Vertrages, als der übereinstimmenden Willensäußerung, die Rechtsfolge von Pflichten und Rechten knüpft, so ist es doch ein weiterer Schritt in dieser Richtung. Auch bleibt man nicht bei der bloßen Forderung einer solidarisch-vertraglichen Gestaltung der positiven Rechtsordnung stehen, sondern man ist zur Annahme geneigt — nur allzu geneigt! — daß die positive Rechtsordnung diese Forderung im großen und ganzen erfülle. Die naturrechtliche Vertragstheorie ist historisch durchaus nicht — oder doch nicht in der Regel — in einem revolutionären, sondern meist in einem konservativen Sinne aufgetreten. Nicht so haben die führenden Repräsentanten des Naturrechtes argumentiert: die positive Rechtsordnung ist nicht vertraglicher Natur, die durch sie konstituierte Gemeinschaft ist nicht solidarisch, also ist diese Ordnung keine Rechtsordnung; sondern gerade umgekehrt. Und das doch offenbar mangelnde Moment einer Zustimmung aller Normunterworfenen wurde einfach in der Weise fingiert, daß man eine stillschweigende, indirekte Willensübereinstimmung behauptete, daß man sich mit der Annahme zufrieden gab, der Einzelne müsse, wenn er die „richtige" Einsicht in sein „wahres", wohlverstandenes Interesse habe, der jeweiligen positiven Rechtsordnung zustimmen; und eben darum sei er ihr zum Gehorsam verpflichtet. Sicherlich hatte diese offenbare Fiktion der Solidarität den — bewußt oder unbewußt verfolgten — Zweck, die große Masse derer, gegen deren Interessen die möglicherweise nur eine Minderheit begünstigende positive Rechtsordnung gestaltet war, im Gehorsam gegen diese Ordnung und sohin in Unterwerfung unter die herrschende Gruppe zu halten. Allein hinter diesem politischen Zweck einer offenbar Unwahres behauptenden Theorie

verbirgt sich — es gibt auch eine List der Geschichte des Geistes! — ihre rechtslogische Funktion: die Emanzipation der Geltung der positiven Rechtsordnung von dem Wünschen und Wollen der Subjekte; es ist der entscheidende Schritt zur Erkenntnis der Objektivität der Rechtsordnung, die vollständige Aufhebung der ursprünglichen Ausgangsposition der Vertragstheorie. Denn wenn die Rechtsordnung nur kraft Zustimmung der Unterworfenen gilt, diese Zustimmung aber auch dort — wenigstens fiktiv — angenommen werden muß, wo sie tatsächlich fehlt, dann kommt es eben für die Geltung dieser Ordnung nicht mehr auf die Zustimmung der Subjekte an.

Wie die Ideologie des Naturrechtes ist auch die Vertragstheorie heute noch keineswegs überwunden. Sie lebt in der auch bei modernen Rechtstheoretikern vielfach vertretenen Anerkennungstheorie fort, die die Geltung der Rechtsordnung auf die ausdrückliche — und wenn eine solche fehlt — auf die stillschweigende, indirekte, durch konkludente Handlungen zu erschließende Anerkennung der Normunterworfenen zurückführt.

So wie der nihilistische Anarchismus der solipsistischen Erkenntnistheorie, gleicht die Vertrags- und Anerkennungstheorie jener subjektivistischen Weltanschauung, die das Objekt, die Welt, zwar nicht negiert, aber als Funktion des Subjektes, in die Sphäre des Subjektes zu ziehen versucht, indem sie erklärt, die Welt sei nur die Vorstellung des Subjektes. So versucht die Vertrags- oder Anerkennungstheorie die Welt des Wertes, die Welt des Sozialen, den Staat, als im Willen des Subjektes beschlossen, als Wille des Subjektes zu begreifen. Und so wie kraft immanenter Tendenz der Erkenntnis das zur Funktion des Subjektes degradierte Objekt sich von seinem Schöpfer emanzipiert, wie allmählich das Subjekt zum Teilobjekt wird, als Glied des Weltganzen in diesem aufgeht, so wandelt sich auch in der sozialen Theorie das Subjekt aus einem Grund des Staates und einem den Staat umfassenden Ganzen zu dessen gliedlichem Teil. Es ist die, wie aller, so auch der sozialen Erkenntnis immanente Dynamik vom Subjektivismus zum Objektivismus. Die Metamorphose der Vertragstheorie ergibt das — etwas paradoxe — Resultat: daß dem Subjekt auf seine Frage, warum es der staatlichen Zwangsordnung gehorchen solle, die Antwort wird: daß es eine solche Frage gar nicht zu stellen habe. Nicht: was der Geltungsgrund des Staates sei, wird dabei zutage gefördert, sondern nur, was er nicht sei.

4. Die metaphysischen Theorien. Dieses negative Resultat der Vertrags- oder Anerkennungstheorie erklärt sich auch daraus, daß ihre Fragestellung auf den Grund des Staates als einer sozialen Ordnung überhaupt gerichtet ist, also eine Rechtfertigung des für das Subjekt Geltung beanspruchenden, vom Subjekt Gehorsam fordernden objektiven Sollens schlechthin, eine Legitimierung der heteronomen Norm, des Sozialen in seiner spezifischen Geltungsexistenz, kurz des Wertes als solchen sein will. Ein solches Problem ist aber logisch unlösbar, ist ein regressus in infinitum, weil Sollen immer wieder nur durch Sollen, Norm nur durch Norm, Soziales nur durch Soziales begründet werden kann. Das Sollen ist eben mit allen seinen Korrolaren eine letzte Kategorie, über die hinaus eine Grundlegung logisch nicht möglich ist. Darum ist es in Wahrheit auch keine Rechtfertigung des Staates, wenn man ihn auf den Willen Gottes oder die Existenz einer anderen metaphyischen Wesenheit zurückführt, bzw. wenn man den Staat selbst zu einer solchen metaphysischen Wesenheit erhebt oder gar geradezu vergottet, wozu sich seit jeher eine starke Tendenz geltend macht. Durch solche Versuche wird das ursprünglich gestellte Problem nicht gelöst, sondern bestenfalls hinausgeschoben oder durch die Neueinschaltung eines noch dunkleren und aussichtsloseren Problems verdrängt. Selbst wenn man schon als religiös Gläubiger auf die Frage nach dem Grunde des Staates die Antwort zulassen muß: weil Gott den Staat will, so ist doch auch von diesem Standpunkte aus damit noch nicht die Frage abgewiesen, ob denn Gott wirklich den Staat wolle, und wenn, warum

er ihn wolle, da ja doch auch anderen gottgewollten Inhalten gegenüber die Frage nach ihrem Grunde innerhalb des göttlichen Weltplans nicht ausgeschlossen ist. Gott ist nur die causa remota und schließt daher die Frage nach einer causa proxima nicht aus. Sich aber auf den unerforschlichen Ratschluß Gottes berufen, heißt nichts anderes als die Frage nach dem Grunde aufgeben. Bei dieser Digression in die Metaphysik handelt es sich eben nicht so sehr um soziale Erkenntnis, als vielmehr um die Realisierung spezieller Gruppeninteressen. Es ist wiederum der bekannte Mißbrauch einer Theorie, richtiger eines theoretischen Scheines, im Dienste politischer Absichten. Durch die Meinung, der positive Staat beruhe auf dem Willen Gottes oder sei selbst ein göttliches, übernatürliches, schicksalhaft notwendiges Wesen, soll die motivierende Kraft der staatlichen Normen und so die Stellung der Nutznießer der staatlichen Ordnung wesentlich gestärkt werden. So daß von dieser — wie ja von mancher sogenannten sozialen Theorie — gilt, daß wenn sie auch nicht wahr ist, sie doch eine Wirkung hat, die sie beinahe wahr machen könnte.

Im übrigen bedeutet die Rechtfertigung des Staates in der Existenz eines göttlichen Willens oder einer anderen metaphysischen Wesenheit den gleichsam auf höherer Stufe wiederholten, aber auch hier ganz aussichtslosen Versuch, das Sollen aus dem Sein, wenn schon nicht aus dem Natur-Sein, dessen Disparität dem Sollen gegenüber gewahrt bleibt, so doch aus einem Über-Sein, einer übernatürlichen, aber von der natürlichen nur gradweise verschiedenen Realität abzuleiten. Durch diese, neuerlich wieder beliebte, Flucht in die Metaphysik glaubt man den sicherlich nicht völlig befriedigenden Dualismus von Sein und Sollen überwinden, dem Bereich des Rational-Positiven mit seinen beiden logisch getrennten Hemisphären entkommen zu können. Und tatsächlich scheint nur Metaphysik diesem unleugbaren Bedürfnis nach letzter, allumfassender Einheit Befriedigung zu gewähren. Doch schwebt dieser Monismus einer auf keine Naturerfahrung und keine positive Rechts-(Sozial-) Ordnung bezogenen Metaphysik in der blauen Luft subjektiver Wunschphantasie. Wissenschaftliche Erkenntnis kann über den Dualismus von Natur und Geist, Wirklichkeit und Wert, Sein und Sollen nicht hinaus.

D. Absolute und relative Rechtfertigung.

Die aller metaphysischen Spekulation immanente Tendenz zur Verabsolutierung der Wirklichkeit und des Wertes darf nicht verwechselt werden mit der aller wissenschaftlichen Erkenntnis wesentlichen Tendenz zur Objektivierung. Objektive Geltung ist durchaus vereinbar mit Relativität des Wirklichkeits- wie des Werturteils, des Naturgesetzes wie der Norm. Darin liegt ja gerade das Wesen aller Metaphysik, daß sie die bloß logisch-erkenntnistheoretische Objektivität des Wirklichkeits- wie des Werturteiles zu einer naturhaft-übernatürlichen Gegenständlichkeit substanziiert und hypostasiert, in der die Grenze zwischen Wirklichkeit und Wert verschwimmt. Nur die absolute Wirklichkeit und der absolute Wert sind eins.

Darum kann eine wissenschaftliche und nicht metaphysische Rechtfertigung des Staates nur eine relative und keine absolute sein. Vorausgesetzt, daß ein bestimmtes gegenseitiges Verhalten der Menschen gesollt ist (weil es etwa das größte Glück der größten Zahl oder die intensivste Existenz, die größte Macht des von den Menschen als unselbständigen Gliedern gebildeten Kollektivums grantiert), dann ist eine Ordnung, die das gegenteilige Verhalten unter die Sanktion von Zwangsakten stellt, zweckmäßig, sofern durch diese Zwangsandrohung, durch die motivierende Kraft der die Zwangsordnung beinhaltenden Vorstellungen der Menschen das erwünschte, den Zwang allein vermeidende Verhalten herbeigeführt wird. Das Problem erscheint somit zunächst als ein solches der politischen Technik. Es gilt ausschließlich einer Rechtfertigung des Zwangsmomentes und die Rechtfertigung besteht in dem Nachweis der Zweckmäßigkeit des Staates als eines Zwangsapparates im Sinne eines spezifischen sozialtechnischen Mittels.

Eine Bejahung des Staates stützt sich auf eine uralte, wenn auch mangels des Experimentes keineswegs exakte, psychologische Erfahrung. Daß damit nicht irgendeine absolute Notwendigkeit des Staates erwiesen wird, geht schon daraus hervor, daß die Gesolltheit des Zweckes, dem der Staat als Mittel dienen soll, dabei durchaus dahingestellt bleibt. Daß es überhaupt ein solches soziales Endziel geben müsse, das heißt aber: soziale Ordnung, und welches das „richtige", „wahre" Ziel, der beste Inhalt der Ordnung sei, dieses eigentlichste Problem der politischen Ethik läßt sich — wie bemerkt — eindeutig überhaupt nicht lösen. Die Entscheidung ist letztlich Sache des subjektiven Glaubens, nicht eines objektiven Wissens. Und selbst wenn man das, was im tiefsten Grunde ja doch immer problematisch bleibt, als scheinbar selbstverständlich voraussetzt und meint: wer die „Kultur", das „Wohl" oder das „Glück" der Menschen wolle, müsse auch den Staat wollen, so bleibt nach dieser Bejahung des „Ob" noch immer die Frage nach dem „Wie" offen. Denn „Kultur", „Wohl" und „Glück" sind Worte, die sehr verschiedene Ideale, einander geradezu ausschließende Werte decken und keineswegs — wie man oft meint — die Frage nach dem Ziel beantworten, sondern nur aufwerfen. Als ein Beispiel für die großen Gegensätze, die sich gerade in der Beantwortung dieser Frage, in der Deutung dessen geltend machen, was man unter Kultur, Wohl, Glück usw. mehr oder weniger klar voraussetzt, sei auf den Unterschied einer individualistischen und einer universalistischen Ethik hingewiesen. Für die eine ist der höchste Wert das Einzelindividuum, dessen „Glück" oder „Wohl" das Ziel der sozialen Ordnung. Allein bei der Frage, worin dieses Glück oder Wohl des Individuums bestehe, droht der Individualismus als soziale Theorie sich überhaupt aufzuheben. Denn wenn als das subjektive Wohl — wie nicht gut anders möglich — eben das zu gelten hat, was der Einzelne dafür hält, dann bedeutet dies schrankenlose Freiheit, Negation der sozialen Ordnung. Also rückt der Individualismus von seinem Ausgangspunkt etwas ab, der objektiven Norm zu, die Glück, Freiheit, Wohl des einen nur insoweit bejaht, als sie mit Glück, Wohl, Freiheit des anderen vereinbar. Inwieweit das der Fall ist, das hängt ganz davon ab, worin eigentlich Glück, Wohl, Freiheit bestehen; darüber kann somit nicht mehr subjektive Willkür des Einzelnen selbst, sondern nur objektives Maß entscheiden. Der Individualismus wird zum Universalismus. Allein dieser steht vor der Frage, woher er das notwendige objektive Maß nehmen soll. Hebt sich der Individualismus selbst auf, bleibt der Universalismus ohne Grund. Es ist nur ein Versuch, sich über diese Sachlage hinwegzutäuschen, wenn dieser die logische Objektivität der sozialen Ordnung zu einer metaphysischen Substanz hypostasiert und an Stelle der Vielheit einzelner Individuen (deren Verhalten die soziale Ordnung regelt) ein überindividuelles Kollektivum setzt, dessen reale Existenz diejenige der Einzelindividuen irgendwie absorbiert; so daß an Stelle des Wohls der Individuen das Wohl des imaginären Kollektivums tritt. Wodurch das Problem nur kompliziert wird!

§ 8. Die Lehre vom Zweck des Staates.

A. Der Staat als Selbstzweck; Staatszweck und Rechtsinhalt.

Die Frage, welche Zwecke mit dem sozialtechnischen Mittel „Staat" verfolgt werden sollen, fällt als politisch außerhalb des Bereiches der Allgemeinen Staatslehre. Diese nimmt den Staat gleichsam als Selbstzweck. Das kann nicht heißen, sie behaupte, daß der Staat keinen Zweck habe, sondern nur, daß sie nach seinem Zweck nicht frage. Vom Standpunkte der Allgemeinen Staatslehre erscheint die konkrete staatliche Zwangsordnung als ein in sich geschlossenes, logisch autarkes System, das keiner weiteren Begründung oder Rechtfertigung durch ein außerhalb der Ordnung liegendes Moment bedürftig ist. Dieser Gedanke ist es, der unter anderem im Begriff der „Souveränität" des Staates zum Ausdruck kommt, sofern damit

der Staat als eine relativ höchste, nicht weiter ableitbare Ordnung, ein relativ höchster Wert behauptet wird, dem kein höherer Wert seine Geltung verleiht. Und der Gedanke der Souveränität des Staates deckt sich in dieser seiner negativen Bedeutung im wesentlichen mit dem die Staatslehre von der politischen Ethik scheidenden Grundsatz des Positivismus, demzufolge die Rechtsordnung ihre Geltung unabhängig von jeder Legitimierung durch eine höhere Norm der Gerechtigkeit behauptet, und jeden Rekurs auf ein Naturrecht ablehnt. Naturrecht ist ja nur in juristischer Terminologie auftretende Politik. Das ganze, objektiv unlösbare Problem des Zweckes des Staates wird nur dadurch in den Bereich der Allgemeinen Staatslehre gezogen, daß man die „Lehre vom Zweck des Staates" unter der Voraussetzung darstellt, der Staat habe einen ihm spezifischen, mit ihm wesentlich verbundenen, irgendeinen bestimmten Zweck. Allein in dieser Voraussetzung steckt bereits die Verabsolutierung eines der sehr verschiedenen und historisch wechselnden Zwecke, zu denen der Zwangsapparat des Staates gebraucht oder mißbraucht wird. Zum Wesen des Staates gehört gar kein spezifischer Zweck. Zwar läßt sich der Staat als Zwangsordnung nur rechtfertigen dadurch, daß überhaupt irgendein sozialer Zweck gelte, dessen Realisierung der Zwangsapparat dient. Allein es ist derselbe Trugschluß, wenn eine konservative Theorie die Erhaltung des Staates begründet und jede Reform des bestehenden Staates ablehnt, indem sie sich darauf beruft, daß der von der konkreten Staatsordnung verfolgte Zweck ein guter und dem Staate wesentlich sei, und wenn eine revolutionäre Theorie die Aufhebung des Staates fordert, weil sein wesentlicher Zweck ein schlechter sei. Diese Identifikation des Staates mit irgendeinem spezifischen Zweck bedeutet eine unzulässige Verengung des Staatsbegriffes, indem in diesen neben dem Zwangsmoment noch irgendwelche andere Inhaltsmomente aufgenommen werden. Was nämlich vom Standpunkt einer der Allgemeinen Staatslehre transzendenten Politik als Zweck des Staates erscheint, das stellt sich für die Allgemeine Staatslehre als möglicher Inhalt der staatlichen Zwangsordnung dar. Die Tatbestände, deren Realisierung die Politik anstrebt, treten, mit negativem Vorzeichen, im Rahmen der Rechtsordnung als Bedingungen auf, an die der staatliche Zwangsakt als Unrechtsfolge geknüpft ist. Gerade darin äußert sich, daß der Staat nur das Mittel ist zur Realisierung irgendwelcher sozialer Zwecke oder, mit anderen Worten: daß das Recht nur die Form ist für irgendwelche Inhalte.

B. Einschränkung oder Ausdehnung der staatlichen Kompetenz (limitierender und expansiver Staatszweck).

Für eine auf den Inhalt der staatlichen Zwangsordnung gerichtete Betrachtung, die sich darauf beschränkt, die möglichen Inhalte zu typisieren, führt die Frage, welche Tatbestände unter staatliche Zwangssanktion gestellt werden können — gestellt werden sollen, würde die Politik fragen — oder, in der üblichen bildhaften Weise ausgedrückt: welche Gegenstände die staatliche Ordnung ergreifen, in welche Bereiche sozialen Lebens der Staat eindringen kann oder soll, vor allem zu dem Gegensatz einer den sachlichen Geltungs-, d. i. Kompetenzbereich der staatlichen Ordnung einschränkenden und einer ihn ausdehnenden Tendenz. Man spricht — terminologisch nicht sehr glücklich — von einem limitierenden und einem expansiven Staatszweck und versteht darunter das Prinzip möglichster Einschränkung oder Ausdehnung der staatlichen Kompetenz. Die vom Standpunkte politischer Theorie gesuchte Entscheidung zwischen beiden ist — wie schon aus dem bisher Gesagten hervorgeht — objektiv nicht möglich, führt vielmehr in den Bereich subjektiver Welt- und Wertanschauung. Die individualistische Freiheitsidee wird sich in der einen, das universalistische Gleichheitsideal in der anderen Richtung bewegen. Das staatsfreie Individuum ist der eine, ein das Individuum völlig absorbierendes staatliche Kollektivum der andere Pol, zwischen denen die politischen Parteien des

Liberalismus und des Staatssozialismus, voneinander bald mehr, bald weniger weit entfernt, ihren Standpunkt wählen.

Aussichtslos darum auch der immer wieder gemachte Versuch, aus dem Wesen des Staates oder des Individuums ein Minimum oder ein Maximum an staatlicher Kompetenz zu deduzieren. Es ist ein vergebliches Bemühen, wenn man heute, wie je, zu beweisen sucht, daß der Expansion des Staates gegen das Individuum an irgendeinem Punkte eine absolute Schranke gezogen sei. Dabei ist es gleichgültig, ob man diese Schranke in einer angeborenen und unveräußerlichen Freiheit des Individuums erblickt, wie es die alten Naturrechtslehrer getan haben, oder ob man mit dem Wesen des Individuums als einer freien, sich selbst bestimmenden Persönlichkeit gewisse Eingriffe des Staates, gewisse Kompetenzen der Rechtsordnung, d. h. die Verknüpfung bestimmter Tatbestände mit Zwangsakten für unvereinbar hält, wie dies moderne Staats- und Rechtslehrer tun, die das Naturrecht ablehnen und auf dem Boden des Positivismus zu stehen glauben. In beiden Fällen handelt es sich um die Behauptung einer notwendig staatsfreien Sphäre des Individuums und in beiden Fällen ist dieses Resultat nur dadurch zu erzielen, daß man der positiv-rechtlichen Staatsordnung eine ihr gegenüber transzendente, aus anderer Geltungsquelle abgeleitete ,,natürliche" Rechtsordnung entgegenhält, die eine durch die andere einzuschränken versucht und, mit diesem Dualismus zweier zugleich als gültig behaupteter Rechtsordnungen, in einen logischen Widerspruch gerät, der jede Argumentation aufhebt. Gerade darin liegt ja ein charakteristisches Merkmal des Naturrechts, dem man auch dann verfallen ist, wenn man gewisse Inhalte der staatlichen Ordnung als mit der Rechtspersönlichkeit des Individuums für unvereinbar erklärt, und meint, daß ein Staat, der seinen Bürgern nur Pflichten auferlegt und keine subjektiven Rechte einräumt, oder ein Staat, dessen Ordnung alle Bürger zu Sklaven eines Einzigen, des Herrschers, macht, kein ,,eigentlicher", kein ,,wahrer" Staat mehr sei.

Ja nicht einmal unter einem rein technischen Gesichtspunkt lassen sich irgendwelche absolute oder, wie man sie lieber zu umschreiben pflegt, ,,natürliche" Schranken der Staatsgewalt (um in der üblichen Terminologie zu sprechen) erkennen. Häufig behauptet man, der Staat könne eigentlich nur äußeres Verhalten erzwingen, nicht aber eine bestimmte Gesinnung, irgendeine innere Haltung erzielen. Demgegenüber muß geltend gemacht werden, daß der Staat auch nicht äußeres Verhalten erzwingen kann, daß der Zwangsakt, der zum Wesen des Staates gehört, zwar den Zweck hat, als Inhalt einer Drohung ein bestimmtes Verhalten der Individuen herbeizuführen, daß aber die Realisierung dieses Zwanges gerade in jenen Fällen eintritt, in denen das erwünschte Verhalten nicht ,,erzwungen" wurde. Sieht man näher zu, so kann überhaupt keine Handlung gegen den Willen des Handelnden erreicht, also im eigentlichen Sinne ,,erzwungen" werden. Andererseits aber ist es durchaus nicht unmöglich, durch die spezifischen Mittel der staatlichen Ordnung auch ein inneres Verhalten im Wege der Motivation zu erzielen; ja es ist sogar schlechterdings unmöglich, ein äußeres Verhalten ohne das korrespondierende innere, nämlich das Vorstellen und Wollen dieses äußeren Verhaltens herbeizuführen. Stellt man das Problem vom Standpunkt der Staats- und Rechtslehre auf die Tatbestände ab, die als Inhalte der Rechtssätze möglich sind, dann kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß diese Tatbestände ebensowohl äußeres wie inneres Verhalten darstellen können. Das sogenannte Schuldmoment des Strafrechts, insbesondere im Falle der mit Absicht oder Voraussicht der Folgen begangenen Tat, ist nichts anderes als derjenige Teil des Tatbestandes, der als inneres Verhalten zum äußeren Verhalten hinzukommen muß, damit die volle Bedingung für den Zwangsakt gegeben sei. Eine ganz andere Frage ist, bis zu welchem Grade und mit welchen Mitteln die Feststellung eines solchen inneren Tatbestandes möglich ist. Wenn man sie aber gegenüber der rein innerlichen Absicht und Vor-

aussicht in den strafrechtlichen Tatbeständen nicht für unmöglich hält, dann wird es wohl schwer fallen, den Gedanken, eine bestimmte religiöse oder wissenschaftliche Überzeugung mit staatlichen Zwangsakten zu verknüpfen, mit der Begründung zurückzuweisen, daß damit eine natürliche Schranke der Staatsgewalt überschritten, ein Versuch mit untauglichen Mitteln unternommen werde. Man mag eine solche Einschränkung der individuellen Freiheit aus sittlichen Gründen aufs schärfste perhorreszieren, sie für unmöglich erklären heißt ein Sollen zum Sein fingieren.

C. Rechtszweck und Kulturzweck.

Ebensowenig wie eine Grenze bestimmbar ist, über die hinaus die staatliche Kompetenz nicht ausgedehnt werden kann oder darf, ebensowenig läßt sich irgendein Mindestgehalt an staatlicher Kompetenz fixieren. Es ist insbesondere eines der geläufigsten Schlagworte der Staatslehre, daß der Staat mindestens den Rechtszweck verfolgen, das Recht schützen oder garantieren müsse. Je nachdem man das Recht unabhängig vom Staate entstehen läßt oder nicht, drückt man diesen Gedanken auch in der Weise aus, daß man als zum Wesen des Staates gehörig erklärt, eine Rechtsordnung aufzustellen. Was gegen diese überaus verbreitete Vorstellung, die im Staat ein Mittel und im Recht seinen Zweck sieht, unter dem Gesichtspunkt eines unzulässigen und widerspruchsvollen Dualismus von Staat und Recht vorzubringen war, ist bereits an anderer Stelle gesagt. Hier sei noch darauf aufmerksam gemacht, daß sich die unvermeidliche Einheit von Staat und Recht auch gegen ihre dualistische Verkennung — auf einem Umwege allerdings — durchsetzt, wenn das Recht als der wesentliche, notwendige und unvermeidliche Zweck des Staates, als der sein Wesen garantierende Mindestgehalt bezeichnet wird. Gerade dieser Gedanke allerdings, der auf die Bestimmung einer Mindestkompetenz des Staates abzielt, führt sich selbst ad absurdum, wenn man erkennt, daß das Recht eben nicht ein besonderer Gehalt der staatlichen Ordnung ist, der neben anderen Inhalten steht, sondern daß das Recht die staatliche Ordnung selbst ist, was immer für einen Gehalt sie aufnimmt. Von dieser Erkenntnis entfernt sich allerdings die herrschende Staatslehre in einer für ihren ganzen logischen Aufbau geradezu verhängnisvollen Weise. Indem sie das Recht nur als einen möglichen Teilinhalt der staatlichen Ordnung, bloß als deren Mindestgehalt ansieht, das Recht — wie sie sich ausdrückt — nur als einen von vielen Staatszwecken gelten läßt, stellt sie den auf den Rechtszweck beschränkten, nur dem Rechtszweck dienenden Staat als „Rechtsstaat" und Typus des auf ein Minimum an Kompetenz reduzierten Staates dem Typus des auch andere Zwecke, den Macht- und Kulturzweck, verfolgenden Staates als dem Macht- und Kulturstaat gegenüber. Der radikale Fehler, der in dieser die ganze Systematik der modernen Staatslehre beherrschenden Begriffsbildung liegt, besteht darin, daß das Recht nicht ein besonderer Inhalt, sondern die Form der staatlichen Ordnung, genauer diese staatliche Ordnung mit allen ihren Inhalten selbst ist, daß der Staat keinen Zweck anders als in der Form des Rechtes verfolgen kann und daß, sofern überhaupt die Relation von Mittel und Zweck angezogen wird, das Recht und in ihm der Staat stets ein Mittel und nie ein Zweck ist; so daß auch dasjenige, was in der üblichen Terminologie als Rechtszweck bezeichnet wird, nur ein Mittel ist zu einem Zwecke, der nicht Recht, der dem Recht transzendent ist und nach Belieben als Macht- oder Kulturzweck bezeichnet werden kann. Dasjenige Recht, das in der Terminologie des „Rechtszwecks", den Rechtsbegriff unzulässigerweise verengend, allein als Recht gelten gelassen wird, ist einfach nur die älteste und primitivste Form des Rechtes: das durch Gerichte angewendete Straf- und Zivilrecht, das Gerichtsrecht. Allein, wenn der Staat mit fortschreitender Entwicklung sich nicht damit begnügte, Diebe und Mörder zu bestrafen und den säumigen Schuldner auf Wunsch des Gläubigers zu exequieren, sondern die Gewerbetätigkeit seiner Bürger regulierte, für deren Erziehung und Gesundheit sorgte, kurz Kulturzwecke verfolgte, so geschah

dies und konnte dies nur in der Weise geschehen, daß generelle Rechtsnormen (Gesetze): ein Gewerberecht, ein Unterrichts- und Sanitätsrecht, kurz ein Kulturrecht statuiert wurde, und daß auf Grund dieser generellen Rechtsnormen individuelle Rechtsakte, Entscheidungen und Verfügungen von Staatsorganen gesetzt wurden. Und die Technik dieses Kulturrechts — Verwaltungsrecht nennt es dieselbe Theorie, die den mit diesem Recht verfolgten Zweck dem „Rechts"zweck entgegenstellt — ist grundsätzlich die gleiche wie die des alten Gerichts, d. i. des sogenannten Zivil- und Strafrechtes. Um den erwünschten sozialen Zustand, d. h. ein bestimmtes menschliches Verhalten zu erreichen, wird dessen kontradiktorischer Gegensatz letzten Endes unter die Sanktion eines Zwangsaktes gestellt, der ebenso wie bei dem alten Gerichtsrecht Strafe oder Exekution ist. Den im gewerblichen Betrieb tätigen Arbeiter schützt der Staat dadurch, daß er den Unternehmer, der gewisse Sicherheitsvorrichtungen nicht anbringt, bestraft. Die Gesundheit seiner Bürger gegen Epidemien schützt der Staat dadurch, daß er durch seine Exekutivorgane die von der Seuche Befallenen eventuell zwangsweise isoliert, das Gerät und Gewand, mit dem sie in Berührung kamen, vernichtet. Und wenn er nach irgendeiner Richtung positive Fürsorge entfalten will, so kann er dies nur so tun, daß er Menschen zu einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet, d. h. sie für den Fall, daß sie diese Tätigkeit unterlassen oder in anderer als der vorgeschriebenen Weise besorgen, mit Unrechtsfolgen, d. h. mit Zwangsakten bedroht. Wenn der Staat seinem Wesen nach ein Zwangsapparat ist, so ist er es eben darum, weil er seinem Wesen nach eine Rechtsordnung ist und alle seine Äußerungen darum nur Rechtsakte sein können. Und so wie die „Kultur"zwecke des Staates, sofern sie eben vom Staate verfolgt werden, nur in Rechtsformen verfolgt werden können, weil es ja geradezu ein Pleonasmus ist, daß ein Staatszweck in Rechtsform verfolgt wird, weil etwas nur ein Staatszweck ist, sofern es in Rechtsform verfolgt wird, so ist auch der Zweck jener Tätigkeit, die man üblicherweise als „Recht" im engeren und eigentlichen Sinne gelten lassen will, der Zweck der Setzung genereller Zivil- und Strafrechtsnormen und ihrer Vollziehung durch Gerichte nur dasjenige, was man sehr vage als Kultur bezeichnet. Wie auf dem Gebiete des Kulturrechtes, ist es nicht die Strafe oder Exekution, die den eigentlichen Zweck bildet, sondern ist es das Leben, die Gesundheit, die Ehre, die Wirtschaft, kurz die Wohlfahrt der Bürger, die gegen schädliche Eingriffe gesichert werden sollen.

D. Rechtszweck und Machtzweck.

Noch unhaltbarer aber als die Gegenüberstellung von Rechts- und Kulturzweck des Staates ist jene von Rechts- und Machtzweck. Wiederum sind es nur generelle Rechtsnormen und individuelle Rechtsakte auf Grund dieser Normen, die das Substrat desjenigen bilden, was die herrschende Lehre als Machtzweck anspricht. Daß der Staat eine Armee hat, mit der Krieg geführt werden kann, ist nicht minder ein Rechtstatbestand, wie jener, daß der Staat Richter und Gefängnisse hat, in denen Menschen gewaltsam ihrer Freiheit beraubt werden. Eine die Wehrpflicht statuierende Wehrordnung und eine die Kriegführung regulierende internationale Rechtsordnung und ihre Konkretisierung, das sind die Mittel zur Erreichung eines dem Staate transzendenten Machtzweckes. Und keineswegs die einzigen. Vom ethisch-politischen Standpunkt der Besitzlosen erscheint auch das Leben und Besitz einer bevorzugten Klasse schützende Zivil- und Strafrecht ganz besonders als das Mittel zur Niederhaltung der ausgebeuteten Klasse, zur Sicherung der Macht einer herrschenden Klasse. Ja, von einem gewissen Standpunkt aus muß man die ganze staatliche Zwangsordnung, gleichgültig welchen Umfang ihre Kompetenz annimmt, als Machtorganisation qualifizieren. Der Gegensatz aber von Macht und Recht, der in der Gegenüberstellung von Rechts- und Macht-Zweck und demgemäß von Rechts- und Machtstaat zum Ausdruck kommt, ist gänzlich ungeeignet, eine Ein-

teilung der möglichen Inhalte staatlicher Ordnung und sohin eine materielle Typisierung der Staaten selbst zu liefern. Denn das ist ja gerade das Wesen des Staates, daß in ihm die Macht zum Recht wird, weil irgendein Akt als Staatsakt begriffen, irgendein Tatbestand als staatlich gedeutet, dem Staate zugerechnet werden kann nur auf Grund einer normativen Ordnung, die das Recht selbst ist. Für eine positivistische Betrachtung, die das Recht nicht im Naturrecht verabsolutiert, ist der Staat ein König Midas, dem alles, was er ergreift, zu Recht wird. Und darum muß, vom Standpunkt des Rechtspositivismus aus gesehen, jeder Staat ein Rechtsstaat in dem Sinne sein, daß alle Staatsakte Rechtsakte sind, weil und sofern sie eine als Rechtsordnung zu qualifizierende Ordnung realisieren. So wie — mit Beziehung auf den durch die Rechtsordnung zu erreichenden Zweck — jeder Staat Macht-Staat und Kultur-Staat ist.

E. Rechtszweck und Freiheitszweck.

Wie problematisch diese ganze Lehre vom Zweck des Staates ist, zeigt sich darin, daß neben Recht, Kultur und Macht auch dasjenige Gut als Zweck des Staates, somit als der Grund seiner Bejahung, gepriesen wird, mit dem man gerade die Verneinung des Staates begründet: die Freiheit. Eben jene „Freiheit", deren Tod der Staat nach der Meinung der einen ist, deren Verwirklichung erwarten die anderen von ihm. Ob nun der Staat auf den bloßen „Rechts"-Zweck eingeschränkt, oder ihm ein unbegrenzter Kultur- und Machtzweck zuerkannt wird, er ist es, der die Freiheit, die „wahre" Freiheit erst ermöglicht. Und wenn man erkennt, daß Freiheit nur der Ausdruck für die Normgesetzlichkeit des Wertes oder Geistes zum Unterschied und in bewußtem Gegensatz zu der Kausalgesetzlichkeit der Wirklichkeit der Natur ist, dann kann man sogar — und vielleicht zutreffender — sagen, daß der Staat die Freiheit nicht bloß bezweckt, sondern daß der Staat diese Freiheit ist, weil er das Rechtsgesetz ist.

§ 9. Politik und Allgemeine Staatslehre.

A. Der richtige, der mögliche und der wirkliche Staat.

Indem die Politik als soziale Ethik allererst das Problem aufwirft, ob der Staat überhaupt sein solle, ist ihr die Frage nach Grund und Zweck des Staates gestellt. Und indem sie dann nach dem besten Staate sucht, ergibt sich für sie eine unbegrenzte Reihe weiterer Fragen, wie die nach der besten Staatsform (Monarchie oder Republik?), auf deren eine oder andere gelegentlich auch in diesem Zusammenhange hingewiesen werden wird. Von welchem Gegenstande immer aber die Frage ausgeht, die Richtung, die ihr die ethisch-politische Theorie als solche gibt, führt letztlich doch immer wieder in jenen subjektiv-metaphysischen Bereich, der bereits früher charakterisiert wurde.

Nicht zuletzt darum muß Allgemeine Staatslehre als Wissenschaft aufs schärfste von Politik getrennt werden. Diese Trennung liegt schon in der hier präzisierten Verschiedenheit der Problemstellung beider. Nicht ob der Staat, nicht warum und wie er sein soll, wie die Politik, sondern was der Staat und wie er ist, fragt die Staatslehre. Politik als Lehre vom besten, vom „wahren" und „richtigen" Staat unterscheidet sich von der Allgemeinen Staatslehre als Lehre vom möglichen, der Besonderen Staatslehre als Lehre von einem konkreten, wirklichen Staat, so wie sich die sogenannte Rechtsphilosophie als Lehre vom besten, wahren, richtigen, d. h. gerechten Recht, nach der schon heute üblichen Auffassung, von der allgemeinen Rechtslehre als der Lehre vom möglichen Recht und der besonderen Rechtslehre als der Lehre vom positiven als einem konkreten Recht unterscheidet. In der deutlichen Scheidung der Staatslehre einerseits von der Politik als sozialer Ethik und Technik, anderseits von der Naturwissenschaft und der naturwissenschaft-

lich orientierten Soziologie wird das Postulat nach Reinheit der Methode verwirklicht. Scheint es aber nicht, daß man in demselben Maße, als man die Staatslehre von der Ethik der Politik abscheidet, sie in den Bereich der Naturwissenschaft drängt? Steht nicht der Politik, als der Lehre vom Sollen des Staates, die Staatslehre als die Lehre vom Sein des Staates gegenüber? Solcher Einwand — er liegt zu sehr an der Oberfläche, um nicht der übliche zu sein! — übersieht, daß das Sein nicht notwendig das Sein der „Natur" ist, daß ein „Sein" des Staates denkbar, das eine ganz andere Existenz, Realität oder Wirklichkeit ist, als jene der Natur; daß der Gegensatz von Sein und Sollen kein absoluter, sondern nur ein relativer ist, daß der Staat oder die Rechtsordnung in ihrer Eigengesetzlichkeit der kausalgesetzlichen Natur als Sollen einem Sein gegenübergestellt werden kann und zugleich als „wirklicher" Staat, als „positive" Rechtsordnung den bloß subjektiv-ethischen Postulaten einer Politik als Sein — als das Sein des Sollens — entgegentritt. Hat man den Staat als Rechtsordnung erkannt, dann enthüllt sich die den bloß ethisch-politischen Postulaten gegenüberstehende „Wirklichkeit" oder „Realität" des Staates als die Positivität des Rechtes. Der „wirkliche", „seiende" Staat ist das positive Recht zum Unterschied von der Gerechtigkeit, d. i. der Forderung der Politik. Das Problem der „Positivität" ist — wie ja bereits früher gezeigt wurde — das Problem der Realität innerhalb der Sphäre normativer Erkenntnis. Und jede Erkenntnissphäre hat ihr spezifisches Realitätsproblem.

B. Die Stellung der Staatslehre innerhalb der Rechtslehre.

Damit ist zugleich die Frage nach dem Verhältnis der Allgemeinen Staatslehre zur Rechtslehre gestellt. Ist der Staat die Rechtsordnung, dann muß, wie die Politik als Lehre vom richtigen Staat mit der Rechtsphilosophie als Lehre vom richtigen Recht, so die Staatslehre mit der Rechtslehre zusammenfallen. Allein unter der „Allgemeinen" Staatslehre werden konventionell einige spezielle Probleme zusammengefaßt, deren Natur als Rechtsprobleme, das heißt: als Probleme der Rechtslehre in der Darstellung der bisherigen Literatur infolge der synkretistischen Vermengung mit ethisch-politischen und naturwissenschaftlich-soziologischen Gesichtspunkten verdunkelt wurde. Mit der Reinigung der Methode muß die Rechtsnatur dieser Probleme aufs deutlichste wieder hervortreten.

Untersucht man aber, welches jene Probleme sind, die als „Allgemeine Staatslehre" dargestellt zu werden pflegen, so zeigt es sich, daß es eine Art allgemeinste Rechtslehre ist, als die sich die Allgemeine Staatslehre darstellt. Es sind — neben der Frage nach dem Wesen des Staates (und somit des Rechtes) überhaupt — die Probleme der Geltung und der Erzeugung der staatlichen Ordnung: die Fragen nach dem Sinn der Geltung wie der Rechtsordnung überhaupt, so nach dem räumlichen, zeitlichen und personalen Geltungsbereich, dann die Fragen nach den Erzeugungsstufen, den Erzeugungsorganen, den Erzeugungsmethoden der Rechtsordnung, die im wesentlichen den Inhalt der Allgemeinen Staatslehre bilden. Nur daß freilich die herkömmliche Terminologie, in der diese Probleme als Lehre von der Staatsgewalt, dem Staatsgebiet, dem Staatsvolk, den Staatenverbindungen, Staatsfunktionen, Staatsorganen, Staatsformen, vorgetragen werden, den rechtlichen Wesenskern nicht zum Ausdruck kommen läßt. Die Probleme der Erzeugung der staatlichen Ordnung werden auch unter dem Begriffe der „Verfassung" zusammengefaßt. Und so wie in dem traditionellen Begriff des „Staats"-Rechts, das mit Verfassungsrecht identisch ist, der Begriff des Staates in der Bedeutung von „Verfassung", das ist dem in der Vielheit der Rechtserscheinungen die Einheit begründenden identischen Rechtserzeugungsprinzip auftritt, so bedeutet „Allgemeine" Staatslehre auch eine allgemeine Verfassungslehre. Ihr tritt, als einer Lehre von den möglichen Verfassungen, die Besondere Staatslehre als Lehre von einem „wirklichen", konkreten Staat, als Lehre von einer positiven Verfassung, zur Seite. Rechtslehre

ist es hier wie dort. Nur daß man sich dessen dem „wirklichen“ Rechte gegenüber stärker bewußt wird als dort, wo nur nach möglichem Rechte die Frage ist, und daher in der besonderen Staatsrechtslehre die Forderung nach deutlicher Trennung von ethisch-politischem Räsonnement nachdrücklicher stellt, als im Bereich der allgemeinen Staatslehre; obgleich auch diese nur eine Theorie des positiven Rechts ist, indem sie die Frage nach der Möglichkeit dieses positiven Rechtes aufwirft.

So wie die „Verfassung“ — von welchem Begriffe noch eingehend zu handeln sein wird — das Grundprinzip der Erzeugung der Rechtsordnung, das Verfassungsrecht die Grundlage alles anderen Rechtes ist, so sucht sich die — allgemeine und besondere — Verfassungsrechtslehre mit allen anderen Rechtslehren — der Zivil-, Straf-, Verwaltungs-, Prozeßrechtslehre — zu dem System der Rechtslehre überhaupt zu verbinden. Die Zulänglichkeit dieser — der üblichen — Systematik steht hier nicht in Frage. Nur um die Stelle zu bestimmen, die der Staatslehre im System der Rechtslehre zukommt, sei bemerkt, daß die Staats- bzw. Verfassungsrechtslehre die Lehre vom Wesen und der Erzeugung der Rechtsordnung ist, während Straf-, Zivil-, Verwaltungsrechtslehre es mit dem Inhalt als mit den Tatbeständen der Rechtsordnung zu tun haben. Natürlich sind auch die Erzeugungsregeln des Rechts „Inhalt“ der Rechtsordnung, haben aber doch relativ formalen Charakter. Es ist der — relative! — Gegensatz, der in der Unterscheidung von „materiellem“ Recht und „formalem“ Prozeß-Recht ausgedrückt wird. Die Lehren vom Zivil-, Straf-, Verwaltungsprozeßrecht stehen nämlich der Verfassungsrechtslehre systematisch am nächsten. Auch sie sind Rechtserzeugungslehren. Nur daß es sich dabei um die Erzeugung niederer Stufen handelt, während als Verfassungsrecht die Erzeugung bloß der höheren und höchsten Stufen behandelt wird.

Drittes Kapitel.

Staat und Recht.
(Staatslehre als Staatsrechtslehre.)

§ 10. Das objektive Recht.

A. Der Rechtssatz als Rechtsgesetz.

Staatslehre als Staatsrechtslehre ist Lehre von der als Staat bezeichneten Ordnung mit besonderer Beziehung auf die Frage nach der Geltung und der Erzeugung dieser Ordnung. Die Existenz dieser Ordnung besteht in ihrer objektiven Geltung. Und soferne diese Ordnung die Rechtsordnung ist, ist Staatsrechtslehre eine Lehre vom objektiven Recht. Nicht aber eine Lehre von irgendwelchem subjektiven Recht oder irgendwelchem Subjekt von Rechten. So allerdings wird Staatslehre in der Regel aufgefaßt und als Lehre von den Pflichten und Berechtigungen des Staates, als Lehre vom Staat als Rechtssubjekt, d. i. als Person vorgetragen.

Diese den Grund- und Eckstein der modernen Staatsrechtstheorie bildende Lehre von der Staatsperson stützt sich auf die unsere ganze Rechtslehre bestimmende Unterscheidung zwischen Recht im objektiven und Recht im subjektiven Sinne und dem darauf beruhenden Begriff eines Rechts-Subjektes, einer Rechtsperson. Diese Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht will ursprünglich eine Einteilung der gesamten Rechtserscheinungen sein. Neben dem objektiven Recht, den Rechtsnormen oder Rechtssätzen, stehen als subjektives Recht die Berechtigungen — schlechthin „Rechte" genannt — und die Rechtspflichten der Subjekte. Mit dem Unterschied von objektivem und subjektivem Recht glaubt man verschiedene Rechtsgegenstände zu charakterisieren; so sehr, daß häufig sogar angenommen wird, das subjektive Recht gehe dem objektiven Recht zeitlich voran; dieses träte erst später — zu dessen Schutz oder Zusammenfassung — hinzu. Bevor diese Anschauung kritisch geprüft wird, muß das Wesen des sogenannten objektiven Rechtes klargestellt werden.

Die Rechtsordnung ist ein System von Rechtsnormen. Welches das Kriterium ist, nach dem eine Vielheit von Rechtsnormen eine Einheit, die eine Rechtsordnung oder den einen Staat bilden, darauf wird später zurückzukommen sein. Hier soll die Natur des Ganzen, so wie es sich in seinen Teilen spiegelt, gesucht werden. Denn jede Rechtsnorm muß die Natur des ganzen Rechtes zum Ausdruck bringen, um Rechtsnorm zu sein. Ist aber das Recht eine Zwangsordnung, dann ist jede Rechtsnorm eine Zwang anordnende Norm. Ihr Wesen drückt sich demnach in einem Satze aus, in dem an eine bestimmte Bedingung der Zwangsakt als Folge geknüpft ist. Er ist so wie das Naturgesetz eine spezifische Verknüpfung von Elementen nach Bedingung und Folge. Nur daß die Rechtsbedingung — es ist der „Tatbestand" im engeren Sinne — mit dem als „Rechtsfolge" im engeren Sinne auftretenden Tatbestand nicht in dem gleichen Sinne verknüpft ist wie Ursache und Wirkung im Naturgesetz, sondern in einem spezifisch rechtlichen Sinne. Zum Ausdruck dieser Eigengesetzlichkeit des Rechts gegenüber jener der Natur dient das „Soll". Wenn a, so „soll" b, lautet das Rechtsgesetz und nicht: Wenn a so „ist" b, wie das

Naturgesetz. Und dieser Unterschied besagt: Die Rechtsbedingung ist nicht die „Ursache" für die Rechtsfolge, die Rechtsfolge nicht die „Wirkung"; sondern auf den Tatbestand als die Rechtsbedingung ist der Zwangsakt nur von Rechts wegen, nicht von Natur wegen, nur rechtsnotwendig, nicht naturnotwendig als Folge gesetzt. Wer stiehlt, wird vom Standpunkt der Naturgesetzlichkeit nicht notwendig, vom Standpunkt dieser auf die Realität des tatsächlichen Geschehens gerichteten Betrachtung vielleicht gar nicht — er soll nur gestraft werden, d. h. mit dem Diebstahlstatbestand ist nur rechtsnotwendig die Strafe verbunden. Nur im System des Rechts ist mit dem Rechtstatbestande die Rechtsfolge notwendig verknüpft. Ja, nur im System des Rechts, nur als Inhalt von Rechtsnormen kann der Tatbestand als solcher, kann er in seinem spezifisch rechtlichen Sinne überhaupt existent werden. Denn außerhalb des Rechtssystems, in der Natur, gibt es keinen „Diebstahl", kein „Rechtsgeschäft", keine „Strafe", keine „Exekution".

B. Der bedingte Zwangsakt. (Strafe und Exekution.)

Der Zwangsakt tritt erfahrungsgemäß in zwei Gestalten auf: als Strafe und als Exekution. Die nähere Analyse dieser spezifischen Folgetatbestände gehört nicht in diesen Zusammenhang. Hier nur soviel, daß es sich dabei stets um zwangsweise Entziehung von Gütern handelt. Bei der „Strafe" — als Todes- oder Freiheitsstrafe — um die zwangsweise Entziehung des Lebens oder der Freiheit, bei der „Exekution" um die zwangsweise Entziehung von Vermögenswerten. Doch unterscheiden sich beide Arten von Zwangsakten nicht bloß, ja nicht einmal in erster Linie durch ihren äußeren Tatbestand, sondern auch durch den Zweck, der mit ihnen verfolgt wird: Talion (Vergeltung) oder Prävention (Verhütung) bei der Strafe, Wiedergutmachung eines Schadens (im weitesten Sinne des Wortes) bei der Exekution. Die sogenannte Vermögens-(Geld)strafe ist ihrem äußeren Tatbestand nach zwangsweise Entziehung von Vermögenswerten. Strafcharakter hat sie sofern sie dem Strafzweck dient. Doch ist solche Differenzierung erst das Ergebnis fortgeschrittener Rechtsentwicklung. Auch lassen sich beide Zwecke nicht absolut voneinander trennen. Insbesondere kann man kaum behaupten, daß bei der Exekution mit dem Wiedergutmachungs- nicht auch der Präventionszweck verbunden werde. Denn dieser wird dadurch erreicht, daß die Strafe subjektiv von dem durch sie Betroffenen als Übel empfunden wird, das er womöglich zu vermeiden strebt, und daher jenes Verhalten unterläßt, mit dem die Strafe verbunden ist. Durchaus das gleiche kann man aber auch von dem Zwangsakt der Exekution aussagen. Gerade von diesem Standpunkt ist es gleichgültig, ob der entzogene Vermögenswert dem in seinen Interessen Verletzten zugeführt wird, wie bei der Exekution, oder ob er der Gemeinschaft, dem „Staate" zufällt, wie, in der Regel wenigstens, bei fortgeschrittener Rechtsentwicklung im Falle der Vermögensstrafe.

Dabei ist zu beachten, daß der Zwang sich in beiden Fällen stets gegen einen Menschen, nie etwa gegen eine Sache richtet, und daß der Zwang Eventualcharakter hat, d. h. im Fall des Widerstands gegen die Entziehung des Gutes seitens des Betroffenen eintritt.

C. Die Zurechnung.

Die in der Rechtsnorm miteinander verknüpften Tatbestände stellen grundsätzlich menschliches Verhalten dar. Doch ist menschliches Verhalten nicht allein Inhalt der Rechtsnorm; es tritt auch in Verbindung mit Vorgängen auf, die selbst nicht menschliches Verhalten sind und üblicherweise als „Ereignisse" bezeichnet werden. Notwendigerweise muß der als Zwangsakt bezeichnete Folgetatbestand menschliches Verhalten sein: denn er ist Zwangsanwendung eines Menschen gegen einen Menschen. Der bedingende Tatbestand kann ein bloßes Ereignis sein; so wenn

etwa primitive Rechtsordnungen bestimmen, daß bei lang anhaltender Dürre irgendein Mensch getötet werden soll. Wenn dieser Zwangsakt als „Opferung“ bezeichnet wird, ist darum sein Strafcharakter keineswegs ausgeschlossen, zumal die Strafe in primitiven sozialen Verhältnissen, da Rechtsordnung und Religion noch nicht geschieden sind, sehr häufig den Charakter einer Opferung annimmt, d. h. als Opfer gedeutet wird. Bei entwickelterem Rechtsgefühl allerdings ist in der Regel in den bedingenden Tatbestand das Verhalten desjenigen Menschen aufgenommen, gegen den sich der Zwangsakt des Folgetatbestandes richtet. Ist im bedingenden Tatbestand außer diesem Verhalten des Menschen, gegen den sich der Zwangsakt richtet, noch ein Ereignis zu unterscheiden, dann besteht meistens zwischen beiden die folgende Verbindung: Das menschliche Verhalten hat das Ereignis ursächlich herbeigeführt oder das menschliche Verhalten hat den Eintritt des Ereignisses nicht verhindert. Ersterenfalls besteht das menschliche Verhalten in einer Handlung, letzterenfalls in einer Unterlassung. Bezeichnet man das menschliche Verhalten mit M, und zwar als Handlung mit M^h, als Unterlassung mit M^u, das Ereignis mit E, den Zwangsakt des Folgetatbestandes mit Z, dann ergibt sich als durchschnittliches Schema des Rechtssatzes: wenn $M^h + E$ (oder $M^u + E$), so $Z \rightarrow M$; es wird dabei als Normalfall vorausgesetzt, daß sich der Zwangsakt gegen denselben Menschen richtet, der das (sozial schädliche) Ereignis herbeigeführt oder seine Verhinderung unterlassen hat. Der Mensch, der im bedingenden Tatbestand als aktives — handelndes oder unterlassendes — Subjekt auftritt, ist im bedingten Folgetatbestand bloß passives — leidendes — Objekt. Nicht *sein* „Verhalten“ ist es, das den Inhalt des bedingten Folgetatbestandes bildet, sondern nur das Verhalten des den Zwangsakt setzenden Menschen. Soll ein „Verhalten“ des von Strafe oder Exekution getroffenen Menschen dem Zwangsakt gegenüber überhaupt rechtlich in Betracht kommen, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß der Mensch zur Duldung der Strafe oder Exekution rechtlich verpflichtet wird. Das heißt: daß sein *gegenteiliges Verhalten* zur Bedingung eines weiteren Zwangsaktes gemacht wird, so daß es wiederum nur als Inhalt des bedingenden Tatbestandes, nicht aber als Inhalt des bedingten Folgetatbestandes auftritt. Jedenfalls kann von einer Rechtspflicht auf Erduldung der Strafe nur bei positiv-rechtlicher Statuierung solcher Pflicht die Rede sein. Aus der bloßen Tatsache, daß auf einen Tatbestand eine Strafe gesetzt ist, folgt sie noch nicht.

Man kann die spezifische Verknüpfung des Tatbestandes mit der Folge als „*Zurechnung*“ bezeichnen, und dadurch auch terminologisch deutlich von der Kausalität — der Verknüpfung der Elemente im System der Natur — unterscheiden. Dieser durchaus *rechtstheoretische* Begriff der Zurechnung ist mit dem *rechtspolitischen*, speziell auf das *Strafrecht* abgestellten Zurechnungsprinzip durchaus nicht identisch. In diesem letzteren Sinne wird allerdings der Terminus der „Zurechnung“ meist gebraucht. Doch läßt sich aus ihm der rechtstheoretische Begriff leicht herauslösen. Fragt man sich, *was* — dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zufolge — und *wem* zugerechnet wird, so zeigt sich, daß diese Frage — positiv rechtlich — nicht ohne Beziehung auf den Zwangsakt (als Unrechtsfolge) beantwortet werden kann. Zugerechnet wird, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zufolge, ein Tatbestand einem Menschen, gegen den sich der unter der Bedingung dieses Tatbestandes stehende Zwangsakt (als Unrechtsfolge) richtet. Man drückt dies — etwas ungenau aber üblicherweise — so aus, daß man sagt: Zugerechnet wird einem Menschen derjenige Tatbestand, „dessentwegen“ er bestraft (oder exequiert) wird. Der Ausdruck, daß jemand „wegen“ irgendeines Tatbestandes bestraft (exequiert) wird, bedeutet, wenn man die für eine rechtstheoretische Betrachtung irrelevante Beziehung auf die Motive des Gesetzgebers wegläßt, die in diesem „wegen“ steckt, daß dieser Tatbestand die im positiven Rechtssatz aufgestellte Bedingung für den Zwangsakt ist, der einen Menschen trifft. In dem rechtstheoretischen Zurechnungs-

urteil spricht sich also wesentlich eine Beziehung zwischen dem bedingenden Tatbestand — der zugerechnet wird — und der bedingten Folge, dem Zwangsakt, aus. Denn daß überhaupt ein Tatbestand zuzurechnen sei, wird ausschließlich und allein dadurch bestimmt, daß dieser Tatbestand als Bedingung eines Zwangsaktes gesetzt ist.

Unserem Rechtsgefühl entspricht, daß ein Mensch nur „wegen" eines Tatbestandes bestraft werde, den er entweder herbeigeführt oder doch nicht verhindert hat (obgleich er die Herbeiführung hätte unterlassen bzw. den Eintritt des Tatbestandes hätte verhindern „können"). Unser Rechtsgefühl fordert des weiteren, daß die Herbeiführung bzw. Nichtverhinderung des — sozialschädlichen — Tatbestandes schuldhafterweise, d. h. mit Vorsatz bzw. Voraussicht oder fahrlässig erfolgen müsse, damit die Setzung eines Zwangsaktes, speziell einer Strafe, gegen den Menschen gerechtfertigt sei. M. a. W.: Gerechter-, richtigerweise soll in dem einen Zwangsakt, speziell eine Strafe bedingenden Tatbestand das ein sozialschädliches Ereignis positiv oder negativ herbeiführende schuldhafte Verhalten desjenigen Menschen aufgenommen sein, gegen den sich die Strafe richtet. Die nähere Untersuchung der maßgebenden Begriffe gehört in die Theorie des Strafrechts. Hier nur noch so viel, daß unser Rechtsgefühl, das diese Forderungen in bezug auf die positivrechtliche Gestaltung des bedingenden Tatbestandes erhebt, wesentlich durch den Gedanken der Prävention bestimmt wird. Der Zwangsakt, speziell die Strafe, soll die Menschen veranlassen, das sozialschädliche Ereignis, das die Bedingung der Strafe bildet, nicht herbeizuführen oder zu verhindern. Die Strafe hat also nur einen Zweck, wenn sie einen Menschen trifft, der den die Strafe bedingenden Tatbestand herbeigeführt oder nicht verhindert hat. — Wird also behauptet: Einem Menschen soll nur zugerechnet werden, oder gar: einem Menschen wird nur zugerechnet, was er — schuldhafterweise — entweder herbeigeführt oder nicht verhindert hat, so ist diese Formulierung der Zurechnung nur der sehr abbrevierende Ausdruck des rechtspolitischen Postulates, daß bei der positiv-rechtlichen Gestaltung der Rechtsnorm der Zwangsakt, und zwar Strafe, gegen einen Menschen — also der bedingte Tatbestand — nur unter der Bedingung eines Tatbestands gesetzt werde, den dieser Mensch, gegen den sich die Strafe richtet, schuldhafterweise — positiv oder negativ — verursacht hat; so daß sich der Gesamttatbestand, der die Bedingung des Zwangsaktes bildet, aus einem sozialschädlichen Ereignis oder Erfolg (z. B. Tod eines Menschen) und einem dieses Ereignis verursachenden oder nicht verhindernden vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhalten des zu bestrafenden Menschen zusammensetzt. Was man als Zurechnung schlechthin zu bezeichnen pflegt, ist nur die rechtspolitische Forderung einer besonderen Gestaltung der Zurechnung, nämlich eine besondere inhaltliche Beziehung zwischen dem bedingenden und dem bedingten Tatbestand. Der rechtstheoretische Begriff der Zurechnung besagt nichts als die formale Verknüpfung zwischen bedingendem und bedingtem Tatbestand überhaupt, und unterscheidet sich als reine Sollrelation deutlich von dem Kausalnexus der immerhin innerhalb des bedingenden Tatbestandes zwischen dem menschlichen Verhalten und einem sozialschädlichen Erfolg vorausgesetzt wird. Der Begriff der normativen Zurechnung bewährt sich in der Einsicht, daß das aus dem Prinzip der Prävention begründete rechtspolitische Postulat keineswegs notwendig im positiven Recht erfüllt sein muß, in den primitiven Strafrechtsordnungen nicht erfüllt war und auch in den modernen Rechtsordnungen, soweit sie nicht Strafrechtsnormen enthalten, und sofern nicht gerade Prävention der Zweck des Rechtes, nicht realisiert ist. Der Zwangsakt der Exekution richtet sich häufig gegen Menschen, deren Verhalten überhaupt nicht in den bedingenden Tatbestand aufgenommen ist; und insbesondere auch gegen Menschen, die den die Exekution bedingenden Erfolg nicht schuldhaft herbeigeführt oder zu verhindern unterlassen haben. Dennoch ist auch hier von einer „Zurechnung" dieses Tatbestandes zu dem

durch den Zwangsakt bestimmten, das Objekt des Zwangsaktes bildenden Menschen die Rede. Und diese Zurechnung besagt nichts anderes, als daß der Zwangsakt — als Folge — mit dem ihn bedingenden Tatbestand im spezifischen Rechtsinne verknüpft ist.

D. Der bedingende Tatbestand.

1. Primäre und sekundäre Norm. Daß der Tatbestand nicht notwendig ein einheitlicher Akt, sondern selbst vielfach gegliedert und gestuft sein kann (wenn a und wenn b und wenn c usw., dann soll z), versteht sich von selbst. Entscheidend ist bloß, daß in den Zwangsakt als letzte Folge schließlich die ganze Reihe der Bedingungen mündet, daß dieser Zwangsakt gleichsam der letzte Takt in dem Rhythmus der Rechtssatzdynamik ist. Unter diesem Vorbehalt kann der bedingende Tatbestand selbst in einer Kette vorläufiger Bedingungen und Folgen dargestellt werden.

Zu einer solchen Zerlegung des Gesamttatbestandes als der Zusammenfassung aller Bedingungen des schließlichen Zwangsaktes gelangt man insbesondere dann, wenn man sich der Hilfshypothese bedient, daß das den Zwangsakt begründende Verhalten vermieden werden soll. Dann stellt sich, was ursprünglich nur ein Rechtssatz ist, als eine Verknüpfung mehrerer Rechtssätze dar, deren letzter nur den Zwangsakt als Folge setzt, wobei die anderen nur durch ihre Beziehung zu diesem zu einer Einheit zusammengefaßt werden. Wenn jemand einen Vertrag schließt, so soll er sich vertragsgemäß verhalten; wenn er sich aber nicht vertragsgemäß verhält, soll gegen ihn — auf Antrag des Vertragspartners — Exekution geführt werden. Allein dieser spezifischen letzten Folge wegen ist die Norm, nach der vertragsmäßiges Verhalten gesollt wird, eine Rechtsnorm, eine relativ selbständige, sekundäre Rechtsnorm, und ein Verhalten nur insofern Inhalt einer Rechtspflicht, als sein kontradiktorisches Gegenteil unter Zwangssanktion steht, das heißt: Bedingung eines Zwangsaktes ist.

2. Das Unrecht. Den Zwangsakt bezeichnet man mitunter auch als „Unrechtsfolge" und will damit sagen, daß er die Folge eines Un-Rechtes, einer Rechts-Widrigkeit sei, indem man den den Zwangsakt bedingenden Tatbestand als Negation des „Rechts" charakterisiert. Der Begriff des Rechtes, der diesem Begriff des Unrechts zugrunde liegt, ist offenbar derjenige der eben entwickelten sekundären Rechtsnorm, die das zwangvermeidende Verhalten zum Inhalt hat. Dabei ist zu beachten, daß der als Unrecht oder Rechtswidrigkeit bezeichnete Tatbestand sich grundsätzlich nur als menschliches Verhalten darstellt. Im Verhältnis zu der das zwangvermeidende Verhalten statuierenden sekundären Rechtsnorm, die hier als das Recht schlechthin vorausgesetzt wird — man soll nicht stehlen, man soll ein empfangenes Darlehen zurückgeben usw. — stellt der den Zwangsakt bedingende Tatbestand: wenn jemand stiehlt, wenn jemand ein empfangenes Darlehen nicht zurückgibt, tatsächlich eine nackte Negation dar. Und wäre das Recht identisch mit der sekundären Norm, bestünde die Rechtsordnung nur aus jenen Normen, deren sekundärer Charakter als bloßer Hilfsvorstellungen zur übersichtlicheren Gliederung des Tatbestandes eben nachgewiesen wurde, dann wäre tatsächlich der das kontradiktorische Gegenteil des Inhalts der Rechtsnormen darstellende Tatbestand als Rechtswidrigkeit, als Unrecht hinreichend charakterisiert. Dann fiele dieser Tatbestand aber auch als Negation des Rechts außerhalb des Systems des Rechts und der Rechtserkenntnis; das Unrecht wäre kein Rechtsbegriff, weil kein Objekt der nur auf Rechtsnormen und ihren Inhalt gerichteten Betrachtung. Wenn das „Unrecht" Rechtsbegriff sein soll, dann muß es als Inhalt des Rechtssatzes begriffen, muß es als Recht begriffen werden. Und das ist ja der Sinn der Tatsache, daß dasjenige, was vom Standpunkte der sekundären Norm als Negation des „Rechts" erscheint, innerhalb der primären Rechtsnorm die Bedingung für den ihr als Folge gesetzten Zwangsakt ist: Daß der Begriff des Rechtes, der Begriff des Rechtssatzes weit genug sein muß, um dasjenige,

was eine zu enge Auffassung des Rechts als — jenseits des Rechts liegende — Negation des Rechtes sieht, als Inhalt in sich aufzunehmen und ihm so den Charakter einer im System des Rechtes keinen Platz findenden Negation desselben zu nehmen. Der bloße Hilfscharakter der sekundären, das zwangvermeidende Verhalten statuierenden Norm, und der nur provisorische Charakter, den der Unrechtstatbestand als Negation des „Rechtes" hat, zeigt sich am deutlichsten darin, daß ja nicht nur das zwangvermeidende Verhalten, sondern auch der Zwangsakt selbst als Inhalt sekundärer Norm auftreten muß, daß aber diese den Zwangsakt statuierende Norm das kontradiktorische Gegenteil des Inhalts einer anderen, nämlich der das zwangvermeidende Verhalten statuierenden Norm, also die Negation des „Rechts" als Bedingung des Zwangsakts in ihren Inhalt aufnehmen muß: 1. Man soll nicht stehlen; 2. wenn man stiehlt, soll man bestraft werden. Angesichts der zweiten Norm, die die Form des primären Rechtssatzes angenommen hat, ist die erste eigentlich überflüssig. Zumal wenn man beachtet, daß das Urteil: man soll nicht stehlen — setzt man das Recht wesentlich als Zwangsordnung voraus — nur der abbreviierende Ausdruck dafür ist, was die primäre Norm: wenn man stiehlt, soll man bestraft werden, bestimmt. Man ist eben nur insofern rechtlich verpflichtet, nicht zu stehlen, als man — im Falle des Diebstahls — bestraft werden soll. Und man ist nur insofern rechtlich verpflichtet, ein empfangenes Darlehen zurückzuerstatten, als man — im Falle der Nichtzurückerstattung — exequiert werden soll.

Erkennt man das Recht als Zwangsordnung, dann muß der Begriff des Unrechts als einer Negation des Rechtes verschwinden. Der so bezeichnete Tatbestand wird als Bedingung des mit ihm rechtssatzmäßig verknüpften Zwangsaktes, der sogenannten Unrechtsfolge, begriffen. Freilich nicht als Bedingung schlechtweg. Denn der als Unrecht bezeichnete Tatbestand ist in der Regel nur ein Teil des gesamten, den Zwangsakt bedingenden Tatbestandes. So muß der Strafrechtssatz (I) nach den meisten positiven Strafgesetzen lauten: 1. Wenn jemand stiehlt, und 2. wenn ein bestimmtes Staatsorgan Anklage erhebt, soll das Gericht strafen. Oder der Zivilrechtssatz (II): 1. Wenn zwei Menschen etwas miteinander vereinbaren, und 2. wenn einer von beiden sich nicht vereinbarungsgemäß verhält, und 3. wenn der andere Klage erhebt, soll das Gericht Exekution veranlassen. Die Sonderung des Unrechtstatbestandes als solchen von den übrigen Bestandteilen des den Zwangsakt bedingenden Gesamttatbestandes, insbesondere von dem als „Rechtsgeschäft" bezeichneten Tatbestand (II, 1), seine Charakterisierung als Un-Recht ist, wie ja aus dem bisher Gesagten sich notwendig ergeben muß, nur möglich durch eine Beziehung auf den Zweck der Rechtsordnung: es ist jener Tatbestand, der vermieden werden soll, den der Gesetzgeber, weil er ihn für sozialschädlich hält, zu verhindern sucht, indem er gegen denjenigen, der ihn setzt, oder durch sein Verhalten einen sozialschädlichen Erfolg herbeiführt oder nicht verhindert, einen Zwangsakt richtet. Rein formal, das heißt ohne jede Beziehung auf einen der Rechtsordnung transzendenten Zweck, und darum nicht eigentlich als Un-Recht in dem meist ethisch betonten Sinn einer Negation des Rechts, sondern nur als spezifischer Inhalt des Rechts kann der fragliche Tatbestand nur so charakterisiert werden, daß er von demjenigen gesetzt wird, gegen den sich der — von diesem Tatbestand bedingte — Zwangsakt richtet. Daß sich der Tatbestand des Rechtsgeschäftes speziell von dem sogenannten Unrechtstatbestand auch dadurch unterscheidet, daß jener im Verhältnis zu dem ihn setzenden Menschen den Charakter einer delegierten Norm hat, während dieser nur als Tatbestand und nicht auch als Norm in Betracht kommt, kann erst in einem anderen Zusammenhange begründet werden. (Vgl. S. 232f., 263f.)

3. Recht und Staat. Bezeichnet man das Recht als den „Willen" des Staates, so hat man dabei vor allem den Staat als „Zwangsapparat" im Auge. Man will damit zum Ausdruck bringen, daß das Recht eine zwanganordnende Norm sei. „Wille des Staates" heißt zunächst und in erster Linie: Wille zum Zwang. Dabei kann

„Wille“ nicht — wie dies so oft mißverständlich geschieht — als realpsychisches Faktum, sondern nur als anthropomorpher Ausdruck für das objektive Sollen der Norm aufgefaßt werden, die den Zwangsakt setzt. In der Vorstellung, daß es gleichsam ein Wille, der Wille eines Subjektes sei, drängt der Gedanke der Einheit des Systems, innerhalb dessen die durch die Gesamttatbestände bedingten Zwangsakte gesetzt sind, nach bildhafter Gestaltung. Es sind die aus Gesamttatbestand und Zwangsfolge gebildeten Rechtssätze, als deren System das Recht der Wille des Staates, d. h. das ganze Recht ein System zwanganordnender Rechtssätze ist. Daß der Staat den Zwangsakt „will“, bedeutet, daß dieser Tatbestand im System des Rechts gesetzt, d. h. also rechtlich gesollt ist. In diesem Sinne sind freilich auch alle anderen Tatbestände, die den Inhalt der Rechtssätze bilden, vom Staate „gewollt“, d. h. rechtlich gesollt. Bezieht man den „Willen des Staates“ vornehmlich oder nur auf den Zwangsakt, so drückt sich in dieser Vorzugsstellung des Zwangsaktes der Umstand aus, daß alle anderen Tatbestände nur als Bedingungen dieses Zwangsaktes gesetzt und daher nur — im Bilde des menschlichen Willens gesprochen — indirekt gewollt sind. Wenn ein Mensch irgend etwas will, jedoch nur unter einer bestimmten Bedingung will, will er darum noch nicht die Bedingung, denn es ist der psychische Akt seines Wollens, der an die Bedingung geknüpft ist; bedingt ist sein Wollen, nicht der Inhalt seines Willens. Der „Wille“ des Staates, als Rechtsordnung, kommt aber nicht als psychischer Akt, sondern nur als gesollter Inhalt in Betracht, der den bedingten wie den bedingenden Tatbestand umfaßt.

Darum ist es gänzlich verfehlt, wenn man aus dem Gesamtsystem der Rechtssätze, das ebenso als Recht wie als Staat bezeichnet werden kann, die nur als Hilfskonstruktionen (zwecks übersichtlicher Gliederung des den Zwangsakt bedingenden Gesamttatbestandes) fungierenden sekundären Normen, das sind die das zwangvermeidende Verhalten statuierenden Normen, heraushebt und als „Recht“ in einem eigentlichen Sinne anspricht; und wenn man „hinter“ oder „neben“ diesem Recht den „Staat“, das sind die den Zwangsakt unmittelbar statuierenden primären Normen, als Zwangsapparat im eigentlichen und engeren Sinne, als irgendwie garantierenden, schützenden Faktor vorstellt. Sicherlich erhält der Gegensatz, in den man das Recht zum Staat stellt, auch aus dieser Vorstellung eine gewisse Nahrung. Wie unhaltbar sie ist, zeigt die Einsicht, daß dieser vom Recht angeblich wesensverschiedene Staat ja auch nur Recht, ein System spezieller, nämlich zwanganordnender Rechtsnormen ist. Allein die als „Recht“ angesprochenen, das zwangvermeidende Verhalten statuierenden sekundären Normen haben an sich und losgelöst von den als „Staat“ bezeichneten Zwangsnormen gar keinen Rechtscharakter; sie können nur nach Hinzutritt der den Zwang — unter der Bedingung des Unrechts — anordnenden Normen, höchstens als vorläufige Hilfsvorstellungen stehen bleiben. Durch diese ganze, den Dualismus von Staat und Recht begünstigende Vorstellung wird die organische, d. h. logisch-systematische Einheit des normativen Gesamtrechtssatzes in zwei Stücke zerrissen. Mit ihrer Wiedervereinigung verschwindet auch der Dualismus von Staat und Recht.

Auf den Zwangsakt als den bedingten Rechtsakt, die unter gewissen Bedingungen stehende Reaktion des Rechtes, bezieht sich vor allem die organisationstechnische Entwicklung der Rechtsordnung. Die Realisierung des Zwangsaktes, ursprünglich dem in seinen Interessen Verletzten übertragen, wird diesem abgenommen und in arbeitsteilig funktionierenden Organen konzentriert, d. h. die Rechtsordnung betraut mit dem Zwangsakt besondere Menschen, die, ohne von der Rechtsverletzung selbst getroffen zu sein, den bedingenden Tatbestand festzustellen und daraufhin den Zwangsakt zu realisieren haben. Es bildet sich eine besondere, rechtsinhaltliche Qualifikation dieser Staats-„Organe“, von der in anderem Zusammenhange zu sprechen sein wird. Dadurch ergibt sich gegenüber dem rein formalen Begriff des Staatsaktes als des Zwangsaktes, der Reaktion des Rechts oder des

Rechtsaktes überhaupt, ein Begriff des Staatsaktes im rechtsinhaltlichen Sinne. Es ist der durch die als Staatsorgane spezifisch qualifizierten Menschen gesetzte Akt. Und das muß nicht bloß der Zwangsakt, bzw. seine verfahrensmäßige Vorbereitung sein. Durch die Rechtsordnung können die in besonderer Weise als Staatsorgane qualifizierten Menschen auch zu einer anderen Tätigkeit als zur Setzung von Zwangsakten verpflichtet oder berechtigt werden. Daraus ergibt sich ein Begriff des Staates im rechtsinhaltlichen Sinne, der gegenüber dem Staat als Ausdruck der Gesamtrechtsordnung eine inhaltlich qualifizierte Teilrechtsordnung darstellt. Seine Erörterung gehört in einen anderen Zusammenhang. (Vgl. S. 238f.)

E. Der Rechtssatz als hypothetisches Urteil oder Imperativ.

Die primäre wie die sekundäre Norm drückt nur den spezifisch rechtsgesetzlichen Zusammenhang zwischen Bedingung und Folge im Rechtssystem aus. Die Darstellung dieses rechtsgesetzlichen Zusammenhanges aber kann nur — weil in ihr die Verknüpfung von Bedingung und Folge ausgedrückt wird — grammatisch durch Sätze, logisch durch Urteile geschehen, die, sofern sie Sollurteile sind, als Werturteile, als Beurteilungen angesehen werden mögen. Und darum ist es unzulässig die Rechtsnorm oder das Recht als Imperativ zu charakterisieren. Imperati ist der unmittelbare Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Willens nicht der Ausdruck irgendeiner gesetzlichen Verknüpfung, irgendeiner Gesetzlichkeit und des ihr korrelativen Erkennens. Das Recht als Gegenstand der Rechtserkenntnis — und nur unter diesem Aspekt kann von Rechtsgesetzlichkeit die Rede sein — ist ein System von Urteilen, nicht von Imperativen; diese mögen zum Material des in der Rechtserkenntnis erst konstituierten Rechts gehören, die Tatbestände mögen als solche — unter anderem — Imperative sein. Das Recht als Rechtsgesetz ist der Rechtssatz, ist ein hypothetisches Urteil.

Lehnt man es ab, die Rechtsnorm als Imperativ zu begreifen, dann erledigt sich von vornherein ein Problem, dessen Lösung der Rechts- und Staatslehre große Schwierigkeiten gemacht hat: die Frage, an wen die Rechtsnorm adressiert ist. Ist der Rechtssatz kein Imperativ, dann gibt es keinen Adressaten, an den er sich richtet, ebensowenig, wie es einen Adressaten des Naturgesetzes gibt. Der Rechtssatz „richtet" sich an gar niemanden, oder, was dasselbe ist, an alle Menschen, deren Verhalten Inhalt des Rechtssatzes, sei es des bedingenden Tatbestandes, sei es der bedingten Folge ist. Daß sich der Rechtssatz an jemanden richtet, kann nichts anderes bedeuten, als daß dessen Verhalten Inhalt des Rechtssatzes ist. Allein da nicht nur menschliches Verhalten der Inhalt der Rechtsnorm ist, im bedingenden Tatbestand auch vom menschlichen Verhalten verschiedene Ereignisse — wenn auch in Verbindung mit menschlichem Verhalten — auftreten können, wäre es ebenso zulässig, den Rechtssatz auch an diese Ereignisse sich richten zu lassen. Gerade darin, daß solches rundweg abgelehnt würde, zeigt sich, daß in dem Begriff eines Rechtsadressaten der dem Recht transzendente Zweck mitgedacht wird. Die Menschen, die durch die Vorstellung der Rechtsnorm zu einem Verhalten veranlaßt werden — und motiviert können nur Menschen werden — das herbeizuführen der Zweck der Rechtsordnung ist, das sind die eigentlichen „Adressaten". Die Vorstellung eines Rechtsadressaten weist in die vom Standpunkt des Rechtsgesetzes subjektive Sphäre der Motivation durch die Rechtsnormvorstellung, in die Sphäre des naturgesetzlich-psychologischen Kausalzusammenhanges. Dem Rechtssatz als Rechtsgesetz ist aber die objektive Geltung wesensimmanent. Der Ausdruck „objektives Recht" ist, im Grunde genommen, ein Pleonasmus. Denn das Recht ist seinem Wesen nach objektiv. Nicht objektives Recht wäre überhaupt kein Recht. Ganz ebenso wie es keine subjektive Natur kann es kein subjektives Recht geben, weil das Rechtsgesetz ebenso wie das Naturgesetz mit seiner Objektivität, der Objektivität seiner Geltung, seinen immanenten Sinn verlöre. Der im Rechtsgesetz

ausgesagte Zusammenhang zwischen bedingendem Tatbestand und bedingter Folge ist gültig ohne Rücksicht darauf, ob die Menschen, deren Verhalten den Inhalt dieser beiden so verknüpften Tatbestände bilden, solches Verhalten — durch die Vorstellung des Rechtsgesetzes motiviert — selbst wollen und tatsächlich setzen; allgemeiner ausgedrückt: ohne Rücksicht darauf, ob den im System des Rechts gesetzten Tatbeständen gleichinhaltliche Tatbestände im System der Natur entsprechen oder nicht. Wie so oft, bedeutet insbesondere hier der Gegensatz von objektiv und subjektiv den Gegensatz zweier an sich beziehungsloser Systeme. Vom Standpunkt des einen erscheint die voraussetzungsgemäße Beziehung auf das andere als „subjektiv". Und so zeigt sich denn auch, daß mit dem sogenannten „subjektiven" Recht eine dem positiven Recht fremde Sphäre, ein anderer als der eigengesetzliche Bereich des Rechtes betreten wird.

§ 11. Das subjektive Recht.

A. Objektives und subjektives Recht.

Die zahlreichen Begriffsbestimmungen des subjektiven Rechtes sind im wesentlichen nur Varianten von zwei Grundtypen. Das subjektive Recht wird entweder als rechtlich — d. h. objektiv rechtlich, durch Rechtsnormen — geschütztes Interesse oder als rechtlich gewährleistetes Wollen bestimmt. In beiden Fällen ruht der Akzent auf einem metarechtlichen, jenseits des Rechts in seinem spezifischen Eigensinn liegenden Moment, demgegenüber das Recht nur als Mittel, als Schutz- oder Garantiemittel und daher überhaupt nicht das Recht als eigengesetzlicher Sinngehalt, sondern dessen psychische Realisation in Betracht kommt. Daß das Recht eben nicht der Zweck, sondern nur spezifisches Mittel ist — sofern überhaupt nach dem Zwecke des Rechts gefragt wird und somit nicht eigentlich das Recht als ideelle Norm, sondern das Faktum des Normvorstellens gemeint wird — daß auch das subjektive Recht als Recht nur Norm sein kann und nicht der Zweck, der durch Verwirklichung der Norm herbeigeführt werden soll, dieser gegen die Begriffe des subjektiven Rechtes seit je gerichtete Einwand lehnt die Lehre vom subjektiven Recht aus demselben Grunde ab, der zur Ablehnung der Lehre vom Staatszweck führt (vgl. S. 39f). Denn im Begriff des subjektiven Rechts tritt ja nichts anderes als der Zweck des Staates in die Erscheinung. Und so wie in der Lehre vom Staatszweck, so stehen auch in der Theorie des subjektiven Rechts die subjektivistisch-individualistische und die objektivistisch-universalistische Richtung einander gegenüber, je nachdem ob es das subjektive Individualinteresse oder das objektive Kollektivinteresse ist, das im subjektiven Recht geschützt, ob es der subjektive Individualwille oder der objektive Kollektivwille ist, der garantiert werden soll. Allerdings überwiegt in der Theorie des subjektiven Rechts die individualistisch-subjektivistische Tendenz. Die objektivistisch-universalistisch gerichtete Theorie des subjektiven Rechts bedeutet schon die Tendenz zur Selbstaufhebung.

B. Die Interessentheorie.

Sieht man näher zu, zeigt sich, daß von einem positivistischen Standpunkt aus das subjektive Recht als rechtlich geschütztes Interesse keinen Bestand haben kann. Daß man nur dann und nur insoweit ein Recht habe, subjektiv berechtigt sei, als ein bezügliches Interesse, d. h. ein spezifischer psychischer Zustand des Wünschens, Strebens usw. nach dem Gegenstand des Rechtes besteht, ist offenbar unrichtig und von der Interessentheorie auch gar nicht gemeint. Auch wenn man gar kein Interesse mehr an der Rückzahlung eines Darlehns hat, ja sogar wenn man das entgegengesetzte Interesse haben sollte, hat man dennoch ein Recht auf Rückzahlung — ob man davon Gebrauch machen will oder kann, ist eine andere Frage. Daß man ganz unabhängig von dem konkreten Interesse berechtigt ist, diese Ein-

sicht beruht auf der Erwägung, daß das objektive Recht, das die Rückzahlung des Darlehns statuiert, indem es sie unter Exekution stellt, die Möglichkeit, diese Sanktion herbeizuführen, nicht von der Existenz eines auf Rückzahlung gerichteten Interesses des Gläubigers abhängig macht. Ob ein subjektives Recht besteht, ist eben nur aus dem objektiven Recht zu beantworten. Und daher ist es, im Grunde genommen, nur eine Reduktion des subjektiven auf das objektive Recht, die Ausschaltung des subjektiven und die Einschaltung des objektiven Rechts, wenn die Interessentheorie mit Rücksicht auf die Belanglosigkeit des konkreten Individualinteresses gegenüber der objektiven Rechtsnorm das subjektive Recht nicht als das vom objektiven geschützte konkrete Individualinteresse, sondern als das rechtlich geschützte Durchschnittsinteresse bezeichnet. Als psychische Realisation gibt es nur konkrete Individualinteressen. Das rechtlich geschützte Durchschnittsinteresse ist nur mehr der Ausdruck für die Tatsache, daß die Rechtsordnung den Zweck hat, gewisse Durchschnittsinteressen zu schützen. Nicht mehr nach dem subjektiven Recht, d. i. dem Recht konkreter Subjekte, ist die Frage (diese haben keine Durchschnittsinteressen, sondern konkrete Individualinteressen, oder haben sie nicht), sondern nach dem objektiven Rechte und seinem Zweck. Und nur so ist zu begreifen — was vom Standpunkt der Theorie eines subjektiven, vom objektiven verschiedenen Rechtes unverständlich bleibt — daß die für den Prozeß entscheidende Frage, ob die Verletzung eines subjektiven Rechtes vorliege (nur wer sich in „seinem“ Rechte verletzt erachtet, kann Klage oder Beschwerde erheben, Prozeß führen), restlos mit der Frage beantwortet wird, ob objektives Recht verletzt wurde, ja nur so beantwortet werden kann. Rechtswidrig ist nur ein dem objektiven Recht zuwiderlaufender Tatbestand.

C. Die Willenstheorie.

Die Tendenz zur Selbstaufhebung, die den Begriff des subjektiven Rechtes ergreift, sobald er sich auf das positive Recht einstellt, zeigt sich besonders deutlich in der Willenstheorie. Wenn diese das subjektive Recht als ein rechtlich gewährleistetes Wollen-Dürfen, als eine rechtlich garantierte Willensmacht bestimmt, so hat sie dabei sehr verschiedene Tatbestände im Auge. Der als subjektives Recht angesprochene rechtlich geschützte Wille richtet sich bald auf das eigene Verhalten des Willenssubjektes, bald auf das Verhalten eines anderen Subjektes. Bald ist es ein rechtliches Dürfen, bald ein rechtliches Können, das als subjektives Recht gelten soll. Ich habe ein „Recht“, eine mir eigentümliche Sache nach Belieben zu gebrauchen, ich habe ein „Recht“, alles zu tun, was mir nicht rechtlich verboten ist. Ich habe aber auch ein „Recht“ darauf, von meinem Schuldner Leistung zu fordern, alle anderen von jedem Eingriff in die Verfügung über eine mir gehörige Sache auszuschließen. Ich „darf“ also dies oder jenes selbst tun, bzw. unterlassen „wollen“, oder von einem anderen „wollen“, daß er dies oder jenes tue oder unterlasse. Unter dem Begriff des subjektiven Rechtes faßt die Willenstheorie aber auch die Tatsache, daß ich einen Willen äußern kann, an den die Rechtsordnung Folgen, und zwar gerade jenen Effekt als Rechtsfolge knüpft, den ich mit dem von mir geäußerten Willen intendiere. Es ist also nicht ein rechtliches Dürfen, sondern ein rechtliches Können, das hier als Recht angesprochen wird. Die Rechtsordnung verleiht dem Subjekt die Macht, durch Rechtsgeschäft seine Interessen zu realisieren, seinen auf irgendwelche Güter gerichteten Willen durchzusetzen. Durch meinen oder doch zumindest auch durch meinen im Rechtsgeschäft geäußerten Willen verpflichte ich mir einen anderen zu einer bestimmten Leistung, durch Klage verpflichte ich die Behörde, gegen den säumigen Schuldner Exekution zu führen.

Die Verschiedenheit der hier angeführten Tatbestände ist zu groß, als daß ein noch brauchbarer Begriff des subjektiven Rechtes sie erfassen könnte. Das „Recht“, die eigene Sache nach Belieben gebrauchen zu können, ist ebenso wie das „Recht“

zu jedem nicht verbotenen Verhalten nur der unselbständige Reflex von Rechtspflichten statuierenden Normen. Der juristisch relevante Gehalt jeder Aussage, die ein solches „subjektives Recht" behauptet, erschöpft sich in der Feststellung von Rechtspflichten statuierenden Normen als von objektivem Rechte. Nur in der Rechtspflicht der anderen, sich jedes Eingriffes in „meine" Sache (die eben dadurch erst meine Sache wird) zu enthalten, tritt dieses subjektive Recht der Sache gegenüber, das Recht, diese Sache zu gebrauchen, zu verbrauchen usw. in die Rechtserscheinung. Die Behauptung aber: ich habe das Recht, zu atmen, zu arbeiten, spazieren zu gehen, zu lieben usw., besagt rechtlich nichts anderes, als daß keine Rechtsnorm besteht, die mich zum Gegenteil verpflichtet. Das „Dürfen", das in beiden Fällen ausgesagt wird, ist, bei näherer Betrachtung, ein Sollen, ist Rechtsnorm, das „subjektive" ist objektives Recht, ist nur als solches in der Rechtssphäre existent. Aber auch das „Recht" auf fremdes Verhalten, sofern es nur darin besteht, daß ich die fremde Handlung, daß ich die Unterlassung jedes Eingriffs in meine Sphäre fordern — also „wollen" — darf, ist nur die vom Standpunkt des Interessenten gesehene objektive Norm, die das von mir „gewollte" Verhalten der anderen als gesollt statuiert. Darauf, daß ich will, kommt es nicht an; relevant ist allein, daß der andere es von Rechts wegen, von objektiven Rechtes wegen soll; wenn auch der Grund für die Setzung solcher Norm die Rücksicht darauf ist, daß ich, d. h. die in ihren Interessen zu schützende Partei, solches will, bzw. voraussichtlich wollen dürfte.

In allen bisher angeführten Fällen fehlt es in dem normierten Tatbestand an einem Element, das eine besondere Beziehung zu dem „Berechtigten" bedeutet, und das, in der Darstellung der objektiven Norm, deren Subjektivierung zu einem spezifisch Berechtigten rechtfertigt. Diese Beziehung ist allerdings in den beiden anderen Fällen gegeben, die nicht ein bloßes Dürfen, sondern ein Können ausdrücken. Das objektive Recht, die Rechtsnorm, als „mein" Recht, d. h. als subjektives Recht zu bezeichnen, hat einen rechtstheoretisch zulässigen Sinn, wenn in dieser Norm die Äußerung meines Willens als Bedingung für eine dem Inhalt meiner Willensäußerung entsprechende Rechtspflicht eines anderen aufgenommen ist, wenn — wie man sich mitunter ausdrückt — die Rechtsordnung den Inhalt ihrer Norm meinem Willen als dem Willen eines der Rechtsordnung sonst unterworfenen Subjektes entnimmt, oder meinen „Willen" delegiert. Indes zeigt die juristische Theorie gerade in jenen Fällen, in denen die generelle Norm an die Willensäußerung des einen Menschen allein schon die entsprechende Rechtspflicht eines anderen knüpft, d. i. vor allem in den Fällen des sogenannten öffentlichen Rechts (vgl. S. 85f.), keine Neigung, von einem subjektiven Rechte im Sinne einer Berechtigung des mit Befehlsmacht Ausgestatteten auf das Verhalten des zu Gehorsam Verpflichteten zu sprechen. Gerade hier tritt der Gedanke einer subjektiven Berechtigung ganz zurück. Denn für denjenigen, von dessen Standpunkt aus die ganze Theorie des „subjektiven" Rechtes entwickelt wurde — es ist der Standpunkt des der Rechtsordnung als Interessenten gegenüber Stehenden, der Standpunkt: inwiefern kommt die Rechtsordnung für mich, als Mittel zur Verfolgung meiner Zwecke, in Betracht? also kein rechtsimmanenter, sondern ein rechtstranszendenter Standpunkt — ist die für den obrigkeitlichen Befehl Gehorsamspflicht statuierende Rechtsnorm in keiner Weise „sein" Recht. Der Begriff des subjektiven Rechtes als der Berechtigung findet typischerweise gerade in jenen Fällen sein eigentlichstes Anwendungsgebiet, in denen die Rechtspflicht des anderen nicht durch die — auf das zur Pflicht gemachte Verhalten gerichtete — Willensäußerung des Berechtigten allein, sondern auch durch die mit dieser Willensäußerung übereinstimmende Willensäußerung des anderen — — also spezifisch rechtsgeschäftlich — begründet wird. Ich habe ein „Recht" auf die Leistung meines Vertragspartners, ein Recht darauf, daß dieser seine Pflicht mir gegenüber erfülle, obgleich diese Pflicht keineswegs nur durch meine auf die Leistung gerichtete Willensäußerung, sondern durch die übereinstimmende Willens-

äußerung beider Parteien begründet wird. Wäre für die Annahme des subjektiven Rechtes jemandes allein maßgebend, daß dessen Willensäußerung die Pflicht eines anderen begründet, dann hätte auch der Verpflichtete auf sein eigenes pflichtmäßiges Verhalten ein derartiges „Recht“, sofern eben auch seine konforme Willensäußerung von der generellen Rechtsnorm als Bedingung für seine Pflicht gesetzt ist.

Eine wirklich eindeutige Beziehung zum „Berechtigten“ ergibt nur der letztangeführte Fall: meine auf die Pflichterfüllung des anderen, bzw. auf den gegen den Pflichtverletzer zu setzenden Zwangsakt gerichtete Willensäußerung ist — als Klage oder Beschwerde — Bedingung für die Realisierung des Zwangsaktes durch die staatliche Behörde, bzw. für das zum Zwangsakt führende Verfahren. Enthält eine Rechtsnorm solche Bedingung, dann steht sie dem durch die Nichterfüllung der Pflicht in seinen Interessen verletzten Subjekt zur Verfügung, dann kann sie — die objektive Rechtsnorm — in dieser Beziehung als das Recht dieses Subjektes, als subjektives Recht bezeichnet werden, ohne daß sie dadurch ihren Charakter als objektives Recht, d. h. als Rechtsnorm verlieren würde.

Es bedeutet somit das Urteil: jemand habe ein subjektives Recht (im Sinne von Berechtigung), ganz allgemein gefaßt: Eine objektive und zwar generelle Rechtsnorm setzt die auf ein bestimmtes Verhalten eines anderen gerichtete Willensäußerung des darum Berechtigten als Bedingung für die Pflicht zu dem intendierten Verhalten, speziell zur Realisierung des Zwangsaktes. Der Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Recht, als Unterschied von genereller Norm und Berechtigung, bedeutet somit nicht das Verhältnis zweier einander ausschließender, unter keinen gemeinsamen Oberbegriff fallender Begriffe — wie dies der Fall ist, wenn man darunter den Gegensatz der Rechtsordnung zu dem ihr gegenüberstehenden Individualwillen versteht —; sondern das sogenannte s u b j e k t i v e Recht als Berechtigung ist nur eine besondere Gestaltung des o b j e k t i v e n Rechtes, ist selbst Norm. Dabei ist es noch ein zweites Prinzip, das den Begriff des subjektiven Rechtes dem objektiven gegenüber bestimmt. In der Idee des subjektiven Rechtes drückt sich der Gedanke des konkreten individuellen zum Unterschied vom abstrakten generellen Rechte aus. Subjektives Recht ist die Rechtsnorm, sofern sie konkreten individuellen Inhalt angenommen hat. Wenn das subjektive Recht dem objektiven als etwas Wesensverschiedenes gegenübergestellt wird, so geschieht dies auch darum, weil man die generelle abstrakte Norm meistens als Recht schlechthin gelten läßt, weil man das Recht überhaupt nur als generelle Norm anzusehen pflegt, die Rechtsordnung als ein System genereller abstrakter Normen bestimmt. (Vgl. S. 231ff.) Das individuelle konkrete Recht fällt dann außerhalb der so bestimmten Rechtsordnung. Allein tiefere Einsicht muß es mit dem generellen Recht zu einem einheitlichen System fügen. Und was als subjektives Recht dem objektiven scheinbar gegenübersteht, muß sich schließlich auch als Bestandteil der einen, nur als o b j e k t i v begreifbaren Rechtsordnung erweisen.

Es ist überaus bezeichnend, daß die sogenannte Willenstheorie, die ursprünglich den Gegensatz von objektivem und subjektivem Recht als einen Gegensatz zwischen den Rechtsnormen, als dem Willen des Staates — als Sollen — und dem realpsychischen Willen der der Rechtsordnung gegenüberstehenden Menschen — also einem Sein — aufstellte, schrittweise zu der Einsicht gedrängt wurde, daß auch der im Begriff des subjektiven Rechtes auftretende „Wille“ nur der Wille des Staates sein kann. Denn in demselben Maße als die Willenstheorie im Begriff des subjektiven Rechtes die Tatsache zu erfassen sucht, daß der individuelle Wille — in Rechtsgeschäft und Klage — verbindlichen Charakter erhält, wandelt sich ihr dieser subjektive Wille zum objektiven, zum Willen des Rechts. Fragt man nach dem Rechtsgrunde dafür, daß man sich — unter gewissen Bedingungen — so verhalten solle, wie es z. B. der im Rechtsgeschäft geäußerte Wille eines andern bestimmt, warum dieser Parteiwille Norm sei (von „lex“ contractus sprechen die Römer) oder warum

erst die Klage des Gläubigers das Gericht verpflichtet, gegen den säumigen Schuldner Exekution zu führen, so kann die Antwort nur lauten: weil das Gesetz — d. i. die generelle Norm, das Sollen, der Staatswille — dem Parteiwillen diese Geltung verleiht, d. h. weil das Gesetz in einer Blankettnorm bestimmt, daß man sich unter gewissen Bedingungen so verhalten solle, wie es der Parteiwille statuiert, weil der Parteiwille nur das Blankett der Gesetznorm ausfüllt, von dieser delegiert und a priori aufgenommen erscheint; so daß der Parteiwille — ob er sich nun in Rechtsgeschäft oder Klage (Beschwerde) äußert — nur einen weiteren Schritt in der Bildung des objektiven Rechtswillens darstellt (vgl. S. 231ff.). Es ist nicht mehr der subjektiv-psychisch reale Willensakt, dem man gehorsamspflichtig ist, es ist eine objektive Rechtsnorm, die nur für den konkreten Fall ihren besonderen Inhalt aus dem realpsychischen Willensakt der Partei holt. An Stelle des real-psychischen Wollens tritt das rechtliche Sollen.

D. Subjektives Recht und Naturrecht.

Diese Konsequenz ergibt sich notwendig, sobald man — wie es auch die traditionelle Theorie fordert — das subjektive Recht aus dem objektiven „abzuleiten" versucht. Das aber ist die Konsequenz des Positivismus, der — in der Terminologie des subjektiven Rechts gesprochen — subjektive Rechte nur gelten lassen will, sofern sie vom objektiven Recht „verliehen", „eingeräumt" sind. Das bedeutet aber: daß die sogenannten subjektiven Rechte in das objektive Recht wieder zurückgenommen werden. In dieser auflösenden Wirkung zeigt sich die naturrechtliche Provenienz der ganzen Theorie des subjektiven Rechtes. Das objektive Recht ist, im Grunde genommen, nur das positive Recht. In dem vom objektiven Rechte wirklich verschiedenen, weil auf das objektive Recht nicht zurückführbaren subjektiven Rechte, tritt dem positiven Recht eine andere Rechtsordnung entgegen. Vom „objektiven" Recht verschieden ist das „subjektive" Recht nur, wenn es auch unabhängig von ihm ist, wenn es seine Geltung nicht aus dem objektiven ableitet, wenn es ihm — wie mitunter sogar von Positivisten gelehrt wird — womöglich zeitlich vorangeht und — in geringerem oder weiterem Ausmaße — vom objektiven Recht nicht aufgehoben werden kann. Das ist aber die Vorstellung, die die Theorie ursprünglich mit dem subjektiven Recht verbindet. Es ist die Idee der angeborenen, unzerstörbaren oder auch der „erworbenen" Rechte des Individuums, die seit je mit der Prätention aufgetreten ist, absolute Schranken gegen das positive Recht aufzurichten. In dem Dualismus von objektivem und subjektivem Recht verbirgt sich somit auch der alte Dualismus von positivem Recht und gerechtem, natürlichem Recht. Letzteres wird freilich meist eingeschränkt auf eine gewisse Minimalforderung, eine äußerste Grenze, über die das positive Recht nicht gegen das Individuum hinausgehen dürfe. Der Gedanke des subjektiven, gegen das objektive stehenden Rechtes ist hier der Gedanke der Freiheit, die durch das objektive Recht nicht über ein gewisses Maß eingeschränkt werden dürfe. Und der vieldeutige Gegensatz, in dem das Recht zum Staate gestellt wird, hat hier eine seiner Wurzeln. Mit zunehmender Stärkung des Positivismus verflüchtigt sich diese ursprüngliche Bedeutung des subjektiven Rechtes, wenn auch von ihr noch erhebliche Spuren zurückbleiben. So wenn z. B. die Theorie vertreten wird, daß die Anerkennung individueller Rechtssubjekte (also die Gewährung subjektiver Rechte) für die objektive Rechtsordnung notwendig sei, da sonst eine Gemeinschaft von Sklaven, also keine Rechtsgemeinschaft vorläge! Und ähnliches. Indem aber das methodologische Postulat anerkannt wird, das subjektive Recht aus dem objektiven „abzuleiten", das subjektive Recht sohin die Bedeutung eines vom positiven Recht geschützten Interesses oder garantierten Willens annimmt, tritt an Stelle des Dualismus zweier Normensysteme der Dualismus von Rechtssystem und Natursystem. Das objektive Recht als Norm und Sollen tritt dem subjektiven Recht als dem

Sein realpsychischen Wünschens und Wollens gegenüber. Und damit ist auch schon ein entscheidender Schritt zur Überwindung des Dualismus von objektivem und subjektivem Recht überhaupt getan. (Vgl. S. 150ff.)

§ 12. Die Rechtspflicht.

A. Rechtspflicht und Berechtigung.

Daß der Begriff des subjektiven Rechtes ursprünglich die naturrechtliche Bedeutung eines gegen die positive Rechtsordnung stehenden Rechtes im Sinne einer gegen die Bindungen des positiven Rechtes gesicherten Freiheitssphäre hat, das zeigt sich deutlich auch darin, daß unter Recht im subjektiven Sinne eigentlich nur die Berechtigung verstanden wird, nicht aber die rechtliche Bindung ausdrückende Rechtspflicht. Stellt man sich aber der Rechtsordnung gegenüber auf den Standpunkt des Subjektes, indem man fragt, wie die Rechtssätze für mich in Betracht kommen, inwiefern das Recht „mein" Recht ist, dann muß das objektive Recht dem Subjekt nicht nur als Berechtigung, sondern auch als Rechtspflicht erscheinen; es ist nicht nur darum „mein" Recht, weil es mir Berechtigungen verleiht, sondern auch darum, weil es mir Verpflichtungen auferlegt. Diesen Begriff der Rechtspflicht hat die theoretische Literatur, die das subjektive Recht mit der Berechtigung identifiziert, fast gänzlich vernachlässigt. Und doch zeigt sich auf den ersten Blick, daß die Rechtspflicht auch von einem auf das Subjekt eingestellten Standpunkt nicht nur die primäre, sondern auch die wesentliche Funktion der Rechtsordnung ist. Wie immer man den Begriff der Berechtigung fassen mag, stets setzt die Berechtigung des einen schon die Pflicht eines anderen voraus. Der Schutz meines Interesses besteht darin, daß ein anderer zu einem Verhalten rechtlich verpflichtet ist, an dem ich interessiert bin; mein Wille ist dadurch rechtlich garantiert, daß ein anderer verpflichtet ist, sich meinem Willen gemäß zu verhalten. Das Recht des einen ist nur Folge der Pflicht eines anderen. Und nicht einmal die notwendige Folge. Wohl statuiert jeder Rechtssatz eine Pflicht, nicht immer aber findet dadurch ein hinlänglich konkretes individuelles Interesse (im Sinne des objektiven Rechtes) Schutz, oder wird der Inhalt der Pflicht durch eine von der Rechtsordnung delegierte Willensäußerung einer Partei bestimmt. Ja, es wäre durchaus eine Rechtsordnung denkbar, die gar keine Berechtigungen in dem besonderen technischen Sinne statuiert, weil sie überhaupt nicht dem Individualwillen der Partei irgendeine Verbindlichkeit — sei es als Rechtsgeschäft oder Klage — einräumt. Speziell in der Form, in der das subjektive Recht als Berechtigung am sinnfälligsten in die Erscheinung tritt: daß unter die Bedingungen des Zwangsaktes auch der Wille, bzw. die letztlich auf den Zwangsakt gerichtete Willensäußerung einer Partei (Klage, Beschwerde) aufgenommen ist, repräsentiert es eine durchaus besondere, nur historisch bedingte Rechtstechnik: die Rechtstechnik der auf Privateigentum beruhenden Verkehrswirtschaft. Ein Beispiel für eine nur Pflichten und keine Berechtigungen statuierende Rechtsordnung ist das Strafrecht schon in seiner heutigen Gestalt. (Sofern es sich nicht um Privatanklagedelikte handelt; daß es sich in seiner prozessualen Technik insoferne an Berechtigungen statuierendes Zivilrecht anlehnt, als die Strafe nur unter der Bedingung der auf sie gerichteten Anklage des Staatsanwalts verhängt wird, ist nur ein äußerliches Moment, sofern die Anklage zu erheben, bei Annahme des strafbaren Tatbestandes, Rechtspflicht des staatsanwaltlichen Organs ist.) Eine Rechtsordnung oder auch nur ein Rechtssatz ohne Rechtspflicht ist undenkbar. Denn die rechtliche Verpflichtung bedeutet nichts anderes als die rechtliche Bindung, und in dieser rechtlichen Bindung oder Verbindung liegt das Wesen der Rechtsordnung im ganzen wie jeder einzelnen Rechtsnorm.

B. Rechtspflicht und Moralpflicht.

Allerdings zeigt der Begriff der Rechtspflicht ebenso wie jener der Berechtigung die Tendenz, sich in die Sphäre des Ethisch-politischen oder des Psychologisch-natürlichen zu verlieren. Mitunter wird der Begriff der Pflicht geradezu der Moral vorbehalten und eine spezifische Rechtspflicht geleugnet. Man sei zwar moralisch, aber nicht rechtlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet. Von Rechts wegen könne nur behauptet werden, daß auf ein bestimmtes Verhalten, das kontradiktorisch im Gegensatz zu jenem steht, das eventuell den Inhalt der moralischen Pflicht bildet, ein bestimmter Zwangsakt als Folge gesetzt sei. Man sei zwar moralisch, aber nicht rechtlich verpflichtet, nicht zu stehlen; rechtens sei nur, daß Diebstahl bestraft werde. Diese Ansicht bedeutet lediglich, daß auf die Hilfskonstruktion der sekundären Rechtsnormen verzichtet wird. Aber dadurch entgeht man nicht der Rechtspflicht. Denn in welchem Sinne folgt der Zwangsakt auf den Tatbestand, ist der durch den Tatbestand bedingte Zwangsakt gesetzt? Offenbar nur im Sinne eines S o l l e n. Wer stiehlt, soll von Rechts wegen bestraft werden. Nur um dieses spezifischen Sinnes willen ist das Recht N o r m, ist der Rechtssatz kein Naturgesetz. Eine Rechtsnorm ohne Rechtspflicht ist darum ein Widerspruch, weil die Rechtspflicht gar nichts anderes ist, gar nichts anderes sein kann als die Rechtsnorm, vom Standpunkt desjenigen gesehen, dessen Verhalten den Inhalt des rechtlichen Sollens bildet. Daß ein Verhalten den Inhalt rechtlicher Pflicht bilde, ist nur ein Ausdruck dafür, daß es — nicht als bloße Bedingung, sondern als Folge — im System des Rechts gesetzt sei — so wie ja auch mit der Behauptung einer sittlichen Pflicht nur das Analoge für das Gebiet der Moral gesagt wird. Dabei ist es von untergeordneter Bedeutung, ob nur die letzte oder — in der Konstruktion der sekundären Rechtssätze — auch ihr vorangehende Zwischenfolgen als Pflichtinhalt bezeichnet werden. In der Rechtspflicht kann dem objektiven Rechte nicht eine Moralpflicht entgegentreten, deren Verletzung rechtlich relevant wird, sofern sie einen Rechtsakt zur Folge hat, so wenig wie in der Berechtigung ein moralisches Recht vom objektiven Recht Schutz oder Garantie erhält. Die rechtlich relevante Pflicht muß als Rechtspflicht im System des objektiven Rechtes selbst verankert sein.

C. Rechtspflicht und psychische Bindung.

Das ist sie nicht, sofern man als Rechtspflicht die psychische Bindung zu erfassen sucht, die sich als Wirkung der motivierenden Vorstellung der objektiven Rechtsnorm ergibt. Rechtspflicht ist nicht psychisch-reale, sondern rechtliche Gebundenheit. Das zeigt sich schon darin, daß die Existenz der Rechtspflicht stets als unabhängig davon erkannt wurde, ob im Einzelfalle tatsächlich eine seelische Bindung nach jener Richtung vorliegt, in der das den Inhalt der Rechtspflicht bildende Verhalten liegt. Nach juristischer Erkenntnis ist das Urteil, demzufolge jemand zu einem bestimmten Verhalten rechtlich verpflichtet sei, in seiner Geltung davon unabhängig, daß der Mensch, dessen Verhalten den Inhalt der Pflicht bildet, sich gebunden fühlt, ja, daß er überhaupt etwas von der Verpflichtung weiß. Die „subjektive" Rechtspflicht zeigt durchaus objektiven Charakter. Zieht man sich angesichts dieser Tatsache auf die durchschnittliche psychische Bindung durch die Rechtsnormen zurück, ist es eben nicht mehr das Problem der Rechtspflicht, sondern die Wirksamkeit der Rechtsnorm-Vorstellungen, die in Frage steht. Nicht in diesem psychologischen, sondern im normativen Bereich der Rechtsnorm selbst muß der Begriff der Rechtspflicht als Rechtsbegriff bestimmt werden. Gerade an dem Begriff der Rechtspflicht — dieser primären Erscheinungsform des subjektiven Rechtes — bewährt sich, daß der Unterschied von objektivem und subjektivem Recht aus einem trans-systematischen (zweier entgegengesetzter Systeme) zu einem intra-systematischen (zweier Inhalte ein und desselben Systems) werden muß, um

überhaupt bestehen bleiben zu können. Das ist der Fall, wenn man, an der Erkenntnis festhaltend, daß auch das subjektive Recht Recht, also Rechtsnorm sein muß, den Gegensatz in dem Verhältnis der generellen, abstrakten Norm zu der ein konkretes, individuelles Verhalten bestimmenden Norm erkennt. Rechtspflicht ist dann einfach die individuelle, völlig konkretisierte Rechtsnorm, sofern sie ein konkretes, individuell bestimmtes Verhalten als gesollt setzt. Berechtigung die gleiche Norm, sofern sie eine konkrete, individuell bestimmte, auf die Folge gerichtete Willensäußerung als Bedingung dieser Folge setzt. Rechtspflicht oder Berechtigung ist somit die individuelle, konkrete Rechtsnorm mit Beziehung auf zwei verschiedene von ihr statuierte Inhalte oder Tatbestände.

§ 13. Das Rechtssubjekt.

A. Subjekt und Prädikat.

Dem Begriff des subjektiven Rechtes entspricht der des Rechtssubjektes oder der Rechts-Person. Ihn bildet das Bedürfnis, sich einen „Träger" der subjektiven Rechte — der Berechtigungen und Rechtspflichten — vorzustellen. Es muß etwas geben, das die subjektiven Rechte „hat". So wie man die sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften einen substantiellen Gegenstand „tragen" oder „haben" läßt, der in unserer Sprache als Subjekt von Prädikaten fungiert. Und obgleich dieses Subjekt, dieser substantielle Gegenstand, nur das Symbol für die Einheitsbeziehung der Prädikate, der inhärierenden Qualitäten ist, wird daraus doch ein von den Prädikaten verschiedenes Ding, das man diesen als ein selbständiges Etwas zur Seite, mit ihnen gleichsam als neues Glied in die Reihe stellt, deren Einheitsausdruck allein dieses Subjekt oder diese Substanz ist. Das Ding, das Eigenschaften hat, wird aus einem bloßen Inbegriff dieser Eigenschaften zu ihrer substantivischen Verdoppelung. Es gibt nicht ein Blatt und daneben die Eigenschaften: grün, glatt, rund usw., sondern das Blatt, der Träger oder das Subjekt, das diese Eigenschaften hat, ist nur deren einheitliche Zusammenfassung. Allein die primitiv anthropomorphe Anschauung, die zum mythologischen Weltbild führt, indem sie hinter jeden Baum eine Dryas, hinter jede Quelle einen Quellgott, wie überhaupt hinter jedes Objekt einen Geist als Subjekt setzt, so die Natur verdoppelnd, sie beherrscht noch heute — unterstützt von unserer substantivischen, durchaus anthropomorphen Sprache (MAUTHNER) — die vulgäre Begriffsbildung. Sie bestimmt auch die juristische Theorie, wenn diese glaubt, im Rechtssubjekt, dem Träger der subjektiven Rechte, einen von diesen und insbesondere von dem objektiven Rechte wesensverschiedenen Rechtsgegenstand vorzufinden. In Wahrheit ist das Rechtssubjekt nur die Verdoppelung des subjektiven Rechtes, und soferne dieses auf das objektive Recht zurückgeführt ist, dessen substantivische Reproduktion: Dem Recht als Objekt tritt — ein Spiegelbild gleichsam — das Recht als Subjekt gegenüber.

B. Mensch und Person.

Diese Einsicht wird dadurch einigermaßen getrübt, daß das Rechtssubjekt mit dem Menschen identifiziert wird. Und scheint nicht tatsächlich der Mensch das Subjekt des Rechtes zu sein? Steht nicht der Mensch dem Rechte gegenüber, sind nicht Recht und Mensch zwei verschiedene Gegenstände? Allein nähere Untersuchung zeigt, daß der Mensch, der ein vom Recht wesensverschiedener Gegenstand ist, nämlich der Mensch der Biologie und Psychologie, tatsächlich auch nicht zum Recht in solcher Beziehung steht, daß ihn Rechtswissenschaft überhaupt erfassen könnte. Nicht den Menschen, sondern die Person macht sich die Rechtswissenschaft zum Objekt. Und die Unterscheidung von Mensch und Person bildet eine der bedeutendsten methodischen Erkenntnisse dieser Wissenschaft. Trotzdem sie allenthalben seit jeher betont wird, ist man doch noch weit entfernt, alle Konsequenzen dieser

Einsicht zu ziehen. Dies zeigt sich darin, daß man noch immer zwischen „physischen" und „juristischen" Personen in der Weise unterscheidet, daß man als physische Person den Menschen, als juristische Person jene Rechtssubjekte gelten lassen will, die nicht Menschen sind. Indes kann es doch offenbar für eine Rechts-Erkenntnis nur juristische Personen, d. h. Rechts-Personen geben. Und die sogenannte „physische" Person muß in demselben Sinne und in demselben Maße juristische Person sein, wie die bisher allein sogenannte „juristische" Person selbst, wenn sie überhaupt als Rechts-Subjekt Objekt der Rechtserkenntnis sein soll. Physische und juristische Person müssen auf einen gemeinsamen Nenner, auf den gemeinsamen Nenner des Rechts gebracht werden, um in dem einen Begriff der Rechtsperson vereinigt werden zu können. Wenn der Mensch Person ist, so ist darum die Person noch nicht Mensch. Die Umkehrung des ersten Satzes führt zu einer völligen Verkehrung der Erkenntnisrichtung.

C. Der Mensch als Rechtssubjekt: Die physische Person.

Fragt man, inwiefern der Mensch Rechtsperson ist, d. h. in welcher Beziehung der „Mensch" zur Rechtsordnung steht, so kann nichts anderes festgestellt werden, als daß menschliches Verhalten den Inhalt der Rechtsordnung, den Inhalt von Rechtsnormen bildet. Sowohl in dem den Tatbestand bildenden bedingenden Vordersatz, als auch in dem die bedingte Rechtsfolge setzenden Nachsatz tritt menschliches Verhalten, als Handeln oder Unterlassen, Inhalt bestimmend auf. Schon daraus ergibt sich, daß der Begriff des Rechtssubjektes oder der Person nicht auf den Begriff des Berechtigungs-Subjektes beschränkt werden darf, wie dies in der Regel im Anschluß an den nur auf die Berechtigung abgestellten Begriff des subjektiven Rechtes geschieht; sondern daß der Begriff des Rechtssubjektes oder der Person auch, ja vor allem den Begriff des Pflicht-Subjektes enthalten muß.

Soll der Mensch zum Gegenstand juristischer Erkenntnis werden, muß er in das Recht eingehen. Allein nicht der ganze Mensch, nicht der Mensch als solcher, d. h. die spezifische Einheit der Biologie und Psychologie mit allen ihren Funktionen wird von der Rechtsordnung aufgenommen. Sondern nur einzelne menschliche Handlungen — mit negativen Vorzeichen „Unterlassungen" genannt — sind es, die als Bedingungen oder Folgen in das Rechtsgesetz Eingang finden. Wie jeder Inhalt, so kann auch menschliches Verhalten nur als Inhalt des Rechtssatzes zum Objekt der Rechtswissenschaft werden. Wie fügt sich aber die Vielheit menschlicher Handlungen, die den Inhalt von Rechtssätzen bilden, zu der vom biologisch-psychologischen Menschen verschiedenen Einheit der Rechtsperson; und wie differenziert sich insbesondere die sogenannte physische von der juristischen Person innerhalb der Einheit der Rechts-Person?

Behauptet man, daß ein bestimmter Mensch A Rechtssubjekt, d. h. Subjekt von Rechtspflichten und Berechtigungen sei, Rechtspflichten und Berechtigungen habe, so bedeutet dies — wie aus dem früher Dargelegten hervorgeht — daß ein bestimmtes Verhalten des A in spezifischer Weise den Inhalt von Rechtssätzen abgibt; daß entweder das kontradiktorische Gegenteil seines — den Inhalt der Rechtspflicht bildenden — Verhaltens oder seine auf die Rechtsfolge gerichtete Willensäußerung die Bedingung für eine im Nachsatz ausgesprochene Zwangsfolge ist. Im ersteren Falle steht das Pflicht-Subjekt, im letzteren das Berechtigungssubjekt in Frage. In beiden Fällen aber sind es Rechtsnormen, die sich der Rechtserkenntnis im Gegenstande „Rechtssubjekt" darstellen, Rechtssätze in Beziehung auf bestimmte Inhalte. Und in diesem Sinne kann man sagen, daß die physische Person ein Komplex von Rechtsnormen ist, und zwar der Inbegriff aller jener Rechtsnormen, die das Verhalten eines Menschen — sei es als Pflicht, sei es als Berechtigung — zum Inhalt haben. Das Individuationsprinzip, das hier die Einheit vermittelt, ist nur mittelbar ein rechtliches. Die Rechtssphäre aber ist dadurch eingehalten, daß als

das Substrat dieser Einheit Rechtsnormen begriffen sind, daß die physische Person als ein Stück des objektiven Rechtes, als eine irgendwie begrenzte Teilrechtsordnung begriffen ist. Denn gegenüber dem Gesamtsystem der Rechtsnormen, der Totalrechtsordnung, stellt die physische Person ein mehr oder weniger willkürlich abgegrenztes Teilsystem, eine keineswegs absolut, sondern nur relativ selbständige Teil-Rechtsordnung dar. Bezeichnet man das Rechtssubjekt als „Träger" dieser Teilrechtsordnung, als das Subjekt, das die in dieser Teilordnung normierten Berechtigungen und Pflichten „hat", so ist das nur eine Personifikation dieser Teilrechtsordnung selbst und der Ausdruck dafür, daß diese Pflichten und Berechtigungen in diesem Teilsystem ihren Platz haben. In dem Urteil, das einer physischen Person Rechtspflichten und Berechtigungen zuerkennt, vollzieht sich nun die Beziehung der — hinsichtlich ihrer Stellung im Rechtssatz — als Rechtspflichten oder Berechtigungen qualifizierten Inhalte auf die — relative oder vorläufige — Einheit dieses Systems. Das Rechtssubjekt ist nur der gemeinsame Beziehungspunkt für diese Inhalte, die ihre volle rechtliche Bestimmung erst durch die Beziehung auf die Einheit des Gesamtsystems, erst durch die Einsicht in ihre Stellung innerhalb der Gesamtrechtsordnung erfahren. Wenn aber das Rechtssubjekt nur als Einheitsausdruck, nur als Beziehungspunkt stehen gelassen wird, so geschieht dies um zu verhindern, daß das Urteil: ein Rechts-Subjekt oder eine P e r s o n „hat" subjektive Rechte, zu der leeren Tautologie werde: es gibt subjektive Rechte. Einen ganz anderen Sinn hat das Urteil: Ein M e n s c h „hat" Rechtspflichten und Berechtigungen. Das „haben" bedeutet hier eine ganz andere Relation. Es heißt: das Verhalten dieses Menschen ist Inhalt der Rechtsnormen. Das Verhalten einer P e r s o n ist nie Inhalt der Rechtssätze. Nur das Verhalten von Menschen. Und nur dadurch, daß eines Menschen Verhalten Inhalt von Rechtsnormen wird, können diese Inhalte auf die Einheit eines Systems von Rechtsnormen bezogen werden, kann die Person — als Personifikation dieser Einheit — Rechtspflichten und Berechtigungen „haben", so wie eben ein System, eine Ordnung, Inhalte hat. Eben darum kann wohl der Mensch, kann aber n i c h t d i e P e r s o n berechtigt und verpflichtet w e r d e n. Denn die Person berechtigen oder verpflichten hieße: Rechte berechtigen, Pflichten verpflichten, kurz: Normen normieren. Die Begriffe Person und Mensch verhalten sich zueinander wie Form und Inhalt.

Von dem Begriff der Person als dem Subjekt von Rechten und Pflichten muß jener Begriff der Persönlichkeit unterschieden werden, mit dem man eine bestimmte Qualifikation des Menschen bezeichnet, jene Tatbestände zu setzen, die sich als Pflichten oder Berechtigungen darstellen. Durch die positive Rechtsordnung wird nicht das Verhalten a l l e r Menschen unterschiedslos zum Inhalt der Rechtsnormen gemacht. Sowohl verpflichtet als auch berechtigt werden nur Menschen, die ganz bestimmte, nach den verschiedenen Rechtsordnungen verschiedene Bedingungen erfüllen; so ein bestimmtes Alter, der Vollgebrauch der Vernunft, für gewisse Berechtigungen und gewisse Pflichten ein bestimmtes Geschlecht oder Abstammung von bestimmten Menschen usw. Es handelt sich hier um die nähere Bestimmung des als menschliches Verhalten bezeichneten Tatbestandes oder Norminhaltes. Sagt man, daß nur die Menschen Rechtspersönlichkeit besitzen, die diese von der Rechtsordnung vorgeschriebenen Bedingungen erfüllen, weil eben nur ihr Verhalten von der Rechtsordnung zum Inhalt von Rechtspflichten und Berechtigungen gemacht ist, das Verhalten der andern Menschen aber nicht, so wie man etwa sagt, Sklaven haben keine Rechtspersönlichkeit, so ist damit ein ganz anderer Personenbegriff gemeint als jener, der das „Haben" von Rechtspflichten und Berechtigungen ausdrückt. Nur dieser, nicht aber jener — der bloß eine generelle Tatbestandsqualifikation ist — kann mit dem Begriff der „juristischen" Person unter einen gemeinsamen Oberbegriff subsumiert werden. Auf diesen aber kommt es vor allem an.

D. Zurechnung und Wille.

In dem Urteil der Person vollzieht sich nur die Beziehung auf die Einheit eines Teilsystems von Rechtspflichten und Berechtigungen. Diese Beziehung ergreift aber auch die Handlung selbst. Es ist die Person, die eine Berechtigung geltend macht, eine Rechtspflicht erfüllt, die rechtlich handelt. Erblickt man in dieser Handlung der Person den Ausdruck eines „Willens", spricht man der Person einen Willen zu, oder identifiziert man geradezu — wie dies geschieht — Person und Wille, dann muß dieser spezifisch juristische Wille und das auch so genannte real-psychische Faktum, das nur dem Menschen zukommt, ebenso auseinander gehalten werden, wie der Mensch von der Person geschieden wird. Daß die Person die Handlung „will", bedeutet nichts anderes als daß diese Handlung auf sie bezogen wird, weil diese Handlung in der zur Person personifizierten Teilordnung gewollt, d. h. rechtlich gesollt ist. Das Wollen der Person (nicht der Wille des Menschen ist gemeint) ist das Sollen der Teilrechtsordnung. Darum kann eine menschliche Handlung nur sofern sie Rechtsakt ist, rechtlich als Rechtspflicht oder Berechtigung qualifiziert ist, von dieser Beziehung auf die Einheit der Ordnung oder Teilordnung ergriffen oder m. a. W. von einer Rechtsperson gesetzt werden.

Diese Beziehung eines Tatbestandes auf die Einheit der Ordnung oder Teilordnung wird gleichfalls als „Zurechnung" bezeichnet. Sie ist von der früher (vgl. S. 48ff.) dargestellten Zurechnung insofern verschieden, als diese eine Verknüpfung zweier Tatbestände innerhalb der Rechtsnorm, also innerhalb der Rechtsordnung darstellt, während jene die Beziehung eines Tatbestandes auf die Einheit der Rechtsordnung, als eines Systems von Rechtsnormen, ausdrückt, als deren Inhalt der in diesem Sinne „zugerechnete" Tatbestand auftritt. Man könnte von einer zentralen zum Unterschied von einer peripheren Zurechnung sprechen, um terminologisch die Zurechnung (eines Tatbestandes) zu einer „Person" von der zu einem Tatbestand zu unterscheiden. Die periphere Zurechnung führt von einem Tatbestand immer nur zu einem anderen Tatbestand, die zentrale zu einer Person, nicht aber zu einem Menschen. Wenn von Zurechnung zu einem Menschen gesprochen wird, so ist zu beachten, daß von einem rechtstheoretischen Standpunkt nicht der Mensch als solcher, sondern einzelmenschliche Handlungen und Unterlassungen als Tatbestände in Betracht kommen; und daß daher Zurechnung zu einem Menschen nur Zurechnung zu einem Tatbestand, Verknüpfung zweier Tatbestände in dem früher entwickelten Sinne ist. Wenn die Frage nach dem Subjekt geht, dem zugerechnet wird, wenn mit dem Begriff eines Zurechnungssubjektes, einer durch die Zurechnung konstituierten Person operiert wird, handelt es sich stets um die zentrale Zurechnung im Sinne einer Beziehung auf die Einheit der Ordnung oder Teilordnung. Ja, der Begriff der Rechtsperson, des Rechtssubjektes im weiteren Sinne (eines Berechtigungs- und Pflichtsubjektes) zum Unterschied vom Begriff des Menschen (als einer nicht spezifisch rechtlichen Einheit) ist geradezu identisch mit dem Begriff dieser Einheitsbeziehung. Denn er besagt nichts anderes als Beziehungspunkt, Zurechnungspunkt.

Dieser Begriff der Person und der ihr korrelativen zentralen Zurechnung ist es auch, der in dem sogenannten „Willensdogma" — einer die Rechtstheorie durch lange Zeit beherrschenden, heute aber außer Gebrauch gesetzten These — auftritt. Das Dogma will eine allgemeine und ausnahmslose Antwort auf die Frage geben, wem ein Tatbestand rechtlich zuzurechnen sei, und lautet: demjenigen, der den Tatbestand „gewollt" hat, dem Subjekt des „Willens", das als solches „Person" sei. Die für die Rechtstheorie so charakteristische Gleichung von Person und Wille gehört auch dazu. Speziell auf dem Gebiete der Strafrechtstheorie tritt das Willensdogma in der These auf, daß alle Schuld Willensschuld sei. Sofern man unter dem in dem Dogma zutage tretenden Begriff des „Willens" den psychologischen

Willen, demgemäß unter dem intendierten Willenssubjekt den Menschen und unter „Zurechnung" die periphere Zurechnung versteht, muß dieses Willensdogma offenbar mit dem positiven Recht in Konflikt geraten. Denn auch der nicht gewollte Tatbestand wird „zugerechnet", d. h. es kann — kraft positiver Rechtsnorm — der Zwangsakt an die Bedingung eines Tatbestandes geknüpft werden, den der vom Zwangsakt betroffene Mensch nicht gewollt, ja nicht einmal gewußt hat. Mangelnde Einsicht in den eigentlichen Sinn der in dem Willensdogma sich äußernden, einem unzweifelhaften Bedürfnis der Rechtstheorie entspringenden Begriffe hat viel Unheil angerichtet. Versteht man das Willensdogma aber im normativen Sinn, begreift man, daß es sich auf den „Willen" im spezifisch-juristischen Sinn bezieht, dann stellt es sich als der einfache Ausdruck des Zurechnungsgedankens dar: Zugerechnet — im Sinne der Beziehung auf die Einheit der Ordnung — wird der „gewollte", d. i. der in der Norm gesetzte Tatbestand. Zugerechnet wird der bedingte Zwangsakt dem Staate, als der Einheit der Gesamtordnung. Zugerechnet wird der den Zwangsakt bedingende Tatbestand der physischen Person als der Einheit einer Teilordnung, der das Verhalten eines Menschen — im bedingenden Tatbestand — normierenden Rechtsnormen.

§ 14. Die „juristische" Person.

A. Die juristische Person als Normenpersonifikation.

Auch das Substrat der sogenannten „juristischen" Person ist als Gegenstand der Rechtserkenntnis irgendwie Rechtssatz, ist ein Komplex von Rechtsnormen, durch welche das gegenseitige auf einen gemeinsamen Zweck abgestellte Verhalten einer Mehrheit von Menschen normiert wird. Auch sie ist — wie die sogenannte physische Person — die Personifikation einer Teilrechtsordnung, nur daß dies hier, weil das Verhalten einer Vielheit von Menschen den Gegenstand der Regelung bildet, leichter einzusehen, als bei der physischen Person, wo nur eine Vielheit einzelmenschlicher Akte eines Menschen zur Einheit zu bringen ist. Auch bei der juristischen Person ist es ein rechtsinhaltliches Kriterium, das die relative und vorläufige Einheit und Selbständigkeit der Teilordnung innerhalb des Gesamtsystems begründet.

Eine solche — der Personifikation fähige — Teilordnung ist schon der nur das einmalige gegenseitige Verhalten zweier Menschen normierende Vertrag, der — kraft seiner Stellung innerhalb der Gesamtrechtsordnung — rechtlich verbindlich ist. Von ihm führt eine kontinuierliche Reihe mannigfaltigster Teilordnungen oder Teilverbände über Gesellschaft, „Korporation", Verein, Genossenschaft, „Gemeinde" bis zu der Totalrechtsordnung, dem Gesamtverband: Staat; und sofern man über der einzelstaatlichen Rechtsordnung noch eine alle einzelstaatlichen Rechtsordnungen als Teilordnungen zusammenfassende Völkerrechtsordnung gelten läßt: weiter zur Staatenverbindung und der Völkerrechtsgemeinschaft. Doch bleibt hier der Weg über den der Völkerrechtsordnung subordinierten „Staat" hinaus noch unbetreten, der Einzelstaat vorläufig als höchste Stufe in der Reihe der Personen, als Totalrechtsordnung und alle anderen Verbände einschließender Gesamtverband, d. h. als souverän vorausgesetzt. Und diese Reihe von Teilordnungen, Teilgemeinschaften, die schließlich in die Gesamtordnung, Gesamtgemeinschaft mündet, ist zugleich eine Reihe von juristischen Personen, die schließlich in der Staatsperson, dieser Gesamtpersönlichkeit des Rechtes, dieser Rechtsperson *κατ' ἐξοχήν* gipfelt. Daß in diese kontinuierliche Reihe auch die physische Person eingestellt werden kann, sofern diese Reihe mit der physischen Person beginnt, um mit der Staatsperson zu enden, daß Individual- und Staats-Person, Individuum und Staat in der gleichen Weise als Personifikationen von Normkomplexen erkannt werden, das erst garantiert die im Begriff der Person postulierte Einheit, das erst realisiert den Gedanken, daß das Individuum im Bereiche der Staats- und Rechtserkenntnis auch

nur „Person“, d. h. ebenso Person sei wie die Gemeinschaft — von der Vertragsgemeinschaft bis zum Staat — das erlöst den scheinbar unlösbaren Konflikt von Individuum und Gemeinschaft aus dem Dualismus zweier beziehungsloser Systeme zu einer inhaltlichen Differenzierung innerhalb eines und desselben Systemes.

Nach der üblichen Vorstellung freilich besteht nicht nur ein Wesensgegensatz zwischen physischer und juristischer Person, sondern wird auch die Reihe der hier als juristische Personen qualifizierten Gemeinschaften oder Teilordnungen zerrissen. Denn nicht allen Gemeinschaften wird der Charakter einer „juristischen Person“ zuerkannt. Man unterscheidet wesentlich zwischen Gesellschaft und Korporation und läßt nur die letztere als „juristische Person“ gelten. Doch beruht diese Differenzierung auf der mangelnden Einsicht in das Wesen der Personifikation. Diese ist ein der Veranschaulichung dienender Einheitsausdruck, eine Hilfsvorstellung, von der die juristische Erkenntnis, indem sie ihren Stoff, die Rechtsnormen, begreifen, d. h. zur Einheit zu bringen strebt, Gebrauch machen kann, nicht aber Gebrauch machen muß. Die Beziehung auf die Einheit des Teilsystems kann auch rein abstrakt und ohne jeden personifikativen Denkbehelf dargestellt werden. Sicherlich ist dieses einen abbreviierenden Ausdruck ermöglichende Hilfsmittel des Denkens bei komplizierteren Beziehungen näher gelegt als bei einfachen. Allein selbst die schlichte Vertragsgemeinschaft, die durch einfachen Vertrag gestiftete Ordnung eines konkreten Rechtsgeschäftes läßt solche Personifikation zu. Nicht selten bedient man sich auch einer solchen und läßt den Vertrag fordern, fordert namens des Vertrages, als Vollstrecker, Organ gleichsam dieser objektiven Ordnung, dasjenige, woran man höchstselbst interessiert ist. Besonders dann, wenn die vereinbarte Vertragsordnung ein Verhalten statuiert, das gegen die Normen der Moral, der Billigkeit, der Liebe usw. verstößt. Der Vertrag, nicht Shylock ist grausam. Sicherlich liegt hier ein ganz allgemeines Motiv, das zur Personifikation führt. Wenn man irgendeinen Akt nicht dem physisch Handelnen selbst, sondern — auf Grund der Ordnung, die er mit diesem Akte in spezifischer Weise realisiert — einer die Einheit der Ordnung symbolisierenden Person, der Person des Staates z. B., zurechnet, so lehnt damit der die Ordnung realisierende Mensch alle Verantwortung für die Härte, Ungerechtigkeit dieser seiner Handlung ab und wälzt sie auf die anonyme Person, d. h. auf die Schulter aller, die durch die personifizierte Ordnung zur Gemeinschaft konstituiert werden; selbst dann, wenn an der inhaltlichen Gestaltung dieser Ordnung nur die sie Realisierenden beteiligt, wenn diese Ordnung nur im Interesse des handelnden Organs selbst liegt. Und wenn man speziell die von der Rechtsordnung statuierten Zwangs- und Herrschaftsakte, das Imperium, nicht von den unmittelbar Handelnden, sondern von der Person des Staates ausgehen läßt, so hat dies unter anderem auch die Bedeutung, daß der Schleier der Staatspersonifikation das dem demokratischen Gleichheitsideal zuwidere Faktum einer Herrschaft von Mensch über Mensch verdeckt. Vom Staat, nicht aber von meinesgleichen will ich beherrscht sein, als ob der Staat nicht nur die Maske für meinesgleichen wäre. (Vgl. S. 325.)

B. Die Personifikation von Rechtsgemeinschaften.

Weil die Personifikation ein Hilfsmittel der Rechtserkenntnis ist, von dem sie nach Belieben jedem Normenkomplex, jeder Teil- oder Gesamtrechtsordnung gegenüber Gebrauch machen kann, ist es aussichtslos, Gemeinschaften, d. h. Gemeinschaften konstituierende Ordnungen oder Normenkomplexe in solche zu unterscheiden, die juristische Personen sind, und in solche, die es nicht sind, die juristische Persönlichkeit haben oder nicht haben. Rechtsgemeinschaften sind an sich überhaupt nicht juristische Personen, haben juristische Persönlichkeit von vornherein überhaupt nicht, sondern können nur als solche dargestellt werden. Das ganze Problem scheint aus einer unzulässigen Analogie zu entstehen, in die man die Gemeinschaften — hinsichtlich ihres Verhältnisses zur Rechtsordnung — zum Einzelmenschen

stellt. So wie den Menschen von der Rechtsordnung Rechtspersönlichkeit verliehen werden kann oder nicht — gewisse Menschen werden ebenso wie die Tiere nicht mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet — so kann die Rechtsordnung auch den ihr gegenüber stehenden Gemeinschaften Rechtspersönlichkeit verleihen oder nicht. Das etwa ist die Voraussetzung, die zu dem ungebührlich bedeutsam gewordenen Problem führt, welches das Kriterium dafür sei, daß eine Gemeinschaft juristische Persönlichkeit habe. Ein Scheinproblem, das durch die bereits früher angedeutete Doppelbedeutung des Begriffs der Person (vgl. S. 64) noch kompliziert wird. Daß die Rechtsordnung dem Menschen oder nur gewissen Menschen Rechtspersönlichkeit „verleihe", bedeutet nur, daß das Verhalten der Menschen oder nur bestimmter Menschen in spezifischer Weise zum Inhalt von Rechtsnormen wird. In diesem Sinne kann die Rechtsordnung nur Menschen, nicht aber Gemeinschaften Persönlichkeit „verleihen". Denn nur konkreter Menschen Verhalten kann Inhalt von Rechtsnormen sein. Und wenn etwa ein Gesetz die Bestimmung enthält, daß eine Gemeinschaft, ein Verein, klagen könne, so ist das nur der abbreviierende Ausdruck dafür, daß das Gesetz eine spezielle Teilordnung, die Vereinsordnung, zur Bestimmung jenes Menschen delegiert, der die Klage zu erheben hat. Denn schließlich ist es ja doch nur ein konkreter Mensch, der vor Gericht erscheint, wenn seine Willensäußerungen auch als Akte des Vereins gedeutet, dem Verein auf Grund dieser Teilordnung zugerechnet werden. Diese Persönlichkeit aber, die nur der Ausdruck der Einheit einer Ordnung, der Zurechnung ist, wird nicht von der Rechtsordnung verliehen, sondern ist ein Denkbehelf der Rechtserkenntnis. Die Rechtsordnung kann einer Rechtsgemeinschaft den Charakter dieser Rechtspersönlichkeit schon darum nicht verleihen, weil die Gemeinschaft der Rechtsordnung nicht in dem Sinne gegenübersteht wie der Mensch. Sie steht ihr überhaupt nicht „gegenüber", sondern steht — wie die physische Person: als Teilordnung — in ihr. Die Rechtsordnung erzeugt sozusagen die Gemeinschaften, Menschen jedoch kann sie nicht erzeugen. Die Analogie zwischen beiden ist zumindest schief. Es ist auch nicht so, wie man sich das wohl für gewöhnlich vorstellt, daß auf der einen Seite die Rechtsordnung, auf der anderen die verschiedenen Gemeinschaften stehen, und daß die Rechtsordnung dann diese Gemeinschaften regelt. Es ist vielmehr so, daß diese Gemeinschaften allerst durch die Rechtsordnung, in und mit der Rechtsordnung konstituiert sind, daß sie eine Existenz außerhalb der Rechtsordnung gar nicht haben, bzw. daß eine außerhalb der Rechtsordnung stehende Realität — sofern man eine Beziehung der Gemeinschaften zu solcher Realität im Auge hat — von einer auf die Rechtsordnung und sohin von einer auf die Rechtsgemeinschaften gerichteten Erkenntnis gar nicht erfaßt, d. h. rechtlich nicht als existent begriffen werden kann. Hier wiederholt sich gegenüber den Teilrechtsordnungen nur das gleiche Problem, das schon der Gesamtrechtsordnung gegenüber als das Problem des Verhältnisses von Recht und Staat gekennzeichnet wurde. Die Funktion der Rechtsordnung besteht also nicht darin, daß sie den ihr gegenüberstehenden Gemeinschaften Rechtspersönlichkeit verleiht oder nicht, sondern nur darin, daß sie die Gemeinschaften konstituiert; die Rechtserkenntnis — und nicht zuletzt die abbrevierende, substantivische, anthropomorphe Rechtssprache — personifiziert sie dann.

Diese Personenqualität ist — wenn man den Begriff der Person in seiner ursprünglichen und geläufigsten, speziell für die Staatsrechtslehre entscheidenden Bedeutung nimmt — keinerlei rechtsinhaltliche Qualifikation. In der Regel erklärt man — Wille und Persönlichkeit in üblicher Weise personifizierend — eine besondere, von den physischen Persönlichkeiten der Gemeinschaftsglieder verschiedene juristische Persönlichkeit läge dann vor, wenn ein von den Willen der die Gemeinschaft bildenden Menschen verschiedener Verbands- oder Gesamtwille bestehe. Das sei vor allem daraus zu erkennen, daß der Wille der einzelnen Gemeinschaftsglieder zu diesem Verbandswillen in Gegensatz geraten könne. Allein schon die Vertragsordnung eines

konkreten, nur einmaliges gegenseitiges Verhalten der Paziszenten statuierenden Rechtsgeschäftes weist solchen „über“ den — psychischen — Willen der die Vertragsgemeinschaft bildenden Menschen stehenden, „Gesamtwillen“ auf. Dieser „Wille“ ist eben nur der Ausdruck für die Teilordnung des Vertrages. Seine objektive Geltung — die in dem anthropomorphen Bilde eines fremden Willens bezeichnet wird — zeigt sich darin, daß das Subjekt, für das diese Teilordnung Geltung beansprucht, der Vertragspartner, an diese Ordnung gebunden bleibt, auch wenn er seinen Willen, mit dem er zwar nicht den Geltungsgrund, aber die unmittelbare Geltungsbedingung der Norm gesetzt hat, ändert. Erkennt man den Geltungsgrund auch der vertraglichen Bindung als einen objektiven, m. a. W. sieht man auch im Vertrag den von den Willen der Parteien verschiedenen, „über“ diesen Willen stehenden, „fremden“ Willen der Rechtsordnung, dann zeigt sich, daß für die Existenz solchen überindividuellen „Willens“ auch die Tatsache gleichgültig ist, ob die Bedingung, unter der die Verpflichtung der Gemeinschaftsglieder von der Rechtsordnung gesetzt ist, ein einstimmig oder mehrstimmig zustande gekommener Beschluß der Glieder ist. Die Möglichkeit einer Differenz zwischen dem Inhalt der Teilordnung, dem sogenannten Gesamtwillen, und dem Willen der einzelnen Gemeinschaftsglieder scheint größer zu sein, wenn der Inhalt der Ordnung durch Mehrheitsbeschluß bestimmt wird — kraft objektiven Rechtsgesetzes so bestimmt wird. Allein das trifft nur zu, wenn die Begründung der Gemeinschaft auf Mehrheitsbeschluß beruht. Für die Fortbildung des Gemeinschaftswillens stellt gerade das Majoritätsprinzip die relativ geringste Möglichkeit einer Diskrepanz zwischen Individual- und Gemeinschaftswillen dar. Wäre Einstimmigkeit gefordert, dann müßte der einzelne, der seinen bei der Abstmimung geäußerten Willen später ändert, für seine Änderung die Stimmen aller anderen gewinnen, damit es zu einer konformen Änderung des Gesamtwillens komme. Im Falle des Majoritätsprinzips aber genügt schon die Hälfte aller anderen. (Vgl. des näheren S. 322ff.) Zwischen diesem Fall und dem einer Bestimmung der Teilordnung durch übereinstimmende Willensäußerung aller Glieder ist somit hinsichtlich des Bestandes eines über den Gliedern stehenden, von ihren Individualwillen verschiedenen, überindividuellen, fremden „Willens“, einer objektiven, den Geltungsgrund der rechtlichen Bindung aller einzelnen darstellenden Ordnung überhaupt keine Differenz. Und daran ändert sich auch dann nichts, wenn dieser überindividuelle „Wille“, dieser Gesamtwille durch besondere Organe zu realisieren ist, wenn aus der Gemeinschaft eine „organisierte“, d. h. durch arbeitsteilig funktionierende Organe sich betätigende Gemeinschaft wird. Solche Organe mögen die Existenz des überindividuellen Gesamtwillens sinnfälliger demonstrieren; allein sie sind nur sichtbare Symptome, nicht aber Gründe oder Ursachen für solchen Gesamtwillen. Dieser ist nur ein Stück der Gesamtrechtsordnung, ist nur der — für einen bestimmten Tatbestand-Komplex bestimmende — Wille des Rechts überhaupt.

C. Die juristische Person als Haftungsbeschränkung.

Eben darum ist es eine nicht ins Wesentliche vordringende Kurzsichtigkeit, wenn solch ein Gesamtwille und sohin eine juristische Person nur bei Gemeinschaften angenommen wird, die gewisse rechtsinhaltlich besonders deutliche Symptome für den objektiven Geltungsgrund der rechtlichen Bindung der Glieder — wie Majoritätsprinzip oder arbeitsteilige Organisation — aufweisen. Ein solches rechtsinhaltliches Moment ist auch, wenn bei Gemeinschaften mit wirtschaftlichen Zwecken positiv-rechtlich eine gewisse Beschränkung der vermögensrechtlichen Haftung der Gemeinschaftsglieder statuiert, bzw. ein von dem Vermögen der Gemeinschaftsglieder verschiedenes, gleichsam selbständiges Vermögen konstituiert wird. Daß die Personifikation sich hier besonders empfiehlt, ist zweifellos, da sie eine wesentlich vereinfachte Darstellung der recht komplizierten rechtlichen Beziehungen gestattet. Notwendig ist sie indessen nicht. Da die Terminologie aber jedermann frei-

steht, kann man auch nur in einem solchen Fall von „juristischer" Person sprechen; nur muß man dann konsequent bleiben, was freilich angesichts des viel weiteren Sprachgebrauchs kaum möglich ist. Versteht man unter juristischer Person dieses vermögensrechtliche Institut einer Haftungsbeschränkung, dann freilich kann man mit einem gewissen Rechte sagen, daß es die Rechtsordnung ist, die die „juristische Person" schafft oder „juristische Persönlichkeit" verleiht, sofern es sich dabei eben nur um eine Frage der Rechtsinhaltsgestaltung handelt, in der Rechtsordnung die Bedingungen und der Umfang der Haftpflicht der Gemeinschaftsglieder statuiert ist. Allein dieser rechtsinhaltliche Begriff einer juristischen Person ist nur ein sekundärer. Ihm gegenüber setzt sich der ursprüngliche, die Einheit eines Rechtssystems bezeichnende Rechtsform- oder Rechtswesensbegriff der Person immer wieder durch. So ist denn die juristische Person auch jenseits alles Vermögensrechtes verbreitet. Nur auf die irrige Identifikation der juristischen Person mit dem vermögensrechtlichen Institut der Haftungsbeschränkung, auf die mangelnde Unterscheidung der verschiedenen hier entwickelten Begriffe der „juristischen Person" ist die Anschauung zurückzuführen, die Anwendung dieses Begriffes außerhalb des Privatrechts sei eine unzulässige Analogie. In demselben Maße als sich die Theorie des sogenannten öffentlichen Rechtes entfaltete, hat auch der Begriff der Person hier Eingang gefunden. In dem Begriff der juristischen Person des Staates hat diese Theorie ja bekanntlich ihren Grund- und Eckstein gelegt.

D. Juristische Person und Mensch im Verhältnis zur Rechtsordnung.

Die Vorstellung, daß die juristische Person der Rechtsordnung ebenso gegenüber stehe wie die physische Person, richtiger: daß die juristische Person ebenso eine an sich metarechtliche, etwa soziologische, so wie die physische Person eine biologische Realität sei, die beide vom Rechte nur besonders qualifiziert werden, ohne ihren Grundcharakter dabei zu ändern, diese schiefe Vorstellung führt auch dazu, daß man den prinzipiellen Unterschied zwischen den beiden Urteilen verkennt: Ein Mensch hat Pflichten und Rechte, ist oder wird verpflichtet oder berechtigt, und: Eine juristische Person hat Pflichten und Rechte, ist oder wird verpflichtet und berechtigt. Was schon bei der physischen Person hervorgehoben wurde, bei der sogenannten „juristischen" Person wird es noch deutlicher: daß nur der Mensch, nicht aber die Person in dem Sinne verpflichtet und berechtigt werden kann, daß sein Verhalten in spezifischer Weise zum Inhalt der Rechtsnorm wird. Der Rechtssatz enthält nur menschliches Verhalten, d. h. nur Verhalten einzelner Menschen. Erst die Beziehung solchen Verhaltens auf die — vorläufige oder endgültige — Einheit eines Teils- oder Gesamtsystems von Rechtsnormen führt zur „Person". Und diese Person „hat" Pflichten und Rechte nur in dem Sinne, in dem eben ein System von Pflichten und Rechten solche enthält. Das Urteil, daß eine Person bestimmte Pflichten und Rechte habe, drückt lediglich aus, daß diese Pflichten und Rechte als Pflichten oder Rechte von Menschen, menschliches Verhalten beinhaltende Pflichten und Rechte innerhalb eines Teil- oder Gesamtsystems ihren Platz haben, mit anderen Pflichten und Rechten eine vorläufige oder endgültige systematische Einheit bilden. Ein Doppeltes ist aus dieser Einsicht festzuhalten: erstlich, daß Pflichten und Rechte von juristischen Personen stets nur Pflichten und Rechte von Menschen sind, daß eine Loslösung der Pflichten und Rechte einer juristischen Person von den Pflichten und Rechten der — diese juristische Person „bildenden" — Menschen undenkbar ist; dann aber, daß die juristische Person ihre Pflichten und Rechte, die nur Pflichten und Rechte von Menschen sind, in einem ganz anderen Sinne „hat", als Menschen ihre Pflichten und Rechte haben. Daß daher die juristische Person nicht ebenso verpflichtet und berechtigt werden kann wie die Menschen, deren Pflichten und Rechte der juristischen Person nur zugerechnet werden.

§ 15. Der Staat als juristische Person.

A. Die Staatsperson als Endpunkt der Zurechnung.

Solange die juristische Person der Einheitsausdruck nur für eine Teil-Rechtsordnung ist, die ihre Geltung aus einer sie mit anderen Teilrechtsordnungen umfassenden Gesamtrechtsordnung holt, oder m. a. W.: so lange der „Wille" der juristischen Person — die juristische Person als „Wille" — einen „höheren" Willen über sich hat, dem der Wille dieser juristischen Person wie alle anderen Personen unterordnet ist, aus dem sich der Wille dieser wie aller anderen Personen rechtlich ableitet, solange stellt die Person keine endgültige, sondern nur eine vorläufige Einheitsbeziehung, keinen Endpunkt, sondern nur einen Durchgangspunkt der Zurechnung dar. Als dieser Endpunkt der Zurechnung wird hier zunächst die Person des Staates angenommen: ein höchster Wille, der keinen höheren über sich hat. Allerdings nur vorbehaltlich einer späteren Untersuchung, die sich mit der Möglichkeit einer auch über dem Einzelstaat stehenden, alle Einzelstaaten zu einer Universalgemeinschaft zusammenfassenden Ordnung befassen wird (vgl. S. 102ff.). Hier wird zunächst noch der „Wille" des Staates — sofern das juristische Wollen nur das rechtliche Sollen ist, und somit der „Wille" der anderen Personen eine Teilrechtsordnung darstellt — als Gesamtrechtsordnung und, personifiziert, als der Gesamtwille oder als die Gesamtperson vorausgesetzt.

In dem Gedanken eines Zuhöchstseins der staatlichen Ordnung, in der Vorstellung, daß der Wille des Staates keinen höheren mehr über sich hat, seine Geltung von keinem höheren Willen ableitet, enthüllt der Begriff der Souveränität seinen rechtstheoretisch reinen Gehalt. Von ihm insbesondere, auch von seiner rechtspolitischen Bedeutung wird noch in anderem Zusammenhange zu sprechen sein. Hier sei festgehalten, daß Souveränität als Rechtsbegriff eine Qualität des Rechtes, des als Rechtsordnung erkannten Staatswillens in seiner spezifischen Geltungsexistenz aussagt, nicht aber eine Eigenschaft der irgendwie naturhaft-real gegebenen, als Ursache von Wirkungen fungierenden Macht oder Gewalt des Staates — dieser Hypostasierung der ins Psychologische mißdeuteten Metapher des juristischen Staatswillens! — wie das für gewöhnlich angenommen wird. Ein Staat ist souverän, wenn die auf die Rechtsnormen gerichtete Erkenntnis die im Staat personifizierte Ordnung als höchste, in ihrer Geltung nicht weiter ableitbare, also als Total- und nicht bloß als Teilrechtsordnung voraussetzt. Es ist überhaupt keine inhaltliche und sohin auch keine rechtsinhaltliche Qualifikation. Das Problem der Souveränität ist ein Zurechnungsproblem und, da „Person" Zurechnungspunkt bedeutet, keineswegs nur ein Problem der Staatsperson, sondern der Person überhaupt. Auch bei der physischen Person tritt es auf, und zwar als das Problem der Freiheit der Person oder des Willens.

B. Souveränität der Staatsperson und Freiheit des Willens.

Versteht man unter dem „Willen", dessen Freiheit zu behaupten seit jeher eine Tendenz besteht, den so genannten real-psychischen und sohin im Bereich der kausal bestimmten Natur ablaufenden Akt, so kann von Freiheit begreiflicherweise keine Rede sein. Die Handlung — als Wirkung einer Ursache — mit dem Willensakt als erster Ursache beginnen zu lassen, widerspricht dem Sinn, in dem die Kategorie von Ursache und Wirkung vorausgesetzt wird. Soll „Freiheit des Willens" überhaupt einen möglichen Sinn haben, dann darf „Wille" nicht als real-psychisches Faktum genommen werden (denn damit ist er schon als kausal determiniert genommen) dann muß der Begriff des Willens in jenem normativen Sinn verstanden werden, in dem er sich hier schon wiederholt gezeigt hat. Das Wollen, dessen Freiheit möglich ist, ist das Sollen, und die „Person", die frei sein kann, ist nicht der Mensch, sondern

die Sollordnung in ihrem personifikativen Ausdruck. In der Annahme der Freiheit der Person liegt zunächst rein negativ die Ablehnung der kausalgesetzlichen Determination als einer dem Bereich des Sollens gänzlich fremden Gesetzlichkeit. Dann aber positiv die Behauptung einer Zurechnungsbeziehung. Daß „Freiheit“ und „Zurechnung“ in Korrelation stehen, dessen ist man sich wohl bewußt. Nur wird man den gewöhnlich dahin ausgedrückten Zusammenhang: daß man einer Person nur darum zurechnen könne, weil und sofern sie frei ist, umkehren müssen und einsehen, daß eine Person nur darum und nur insofern frei ist, als ihr zugerechnet wird, als sie Zurechnungspunkt, und zwar Endpunkt der Zurechnung ist. Die welthistorische Antinomie, die im Problem der Willensfreiheit anscheinend unlösbar ruht, löst sich durch die Erkenntnis, daß die von den einen vertretene Behauptung der Unfreiheit als kausalgesetzlicher Bestimmtheit des Willens und die von den anderen aufgestellte Behauptung der Freiheit, weil sie sich in verschiedenen Erkenntnissphären bewegen, verschiedene Gegenstände und daher auch verschiedene Qualitäten betreffen. Allerdings bleibt die Gleichheit des Wortes „Wille“ für zwei so verschiedene Gegenstände noch immer merkwürdig genug.

Wenn auch die Freiheit des Willens in der Bedeutung eines normativen Zurechnungsendpunktes einen guten, mit der kausalgesetzlichen Determiniertheit des psychologischen Willens durchaus vereinbaren Sinn hat, so läßt sich eine absolute Freiheit der Individualpersönlichkeit nur vom Standpunkt einer ethischen Betrachtung behaupten, die im Individuum selbst den höchsten Wert erblickt, das Individuum allein als „Träger“ aller moralischen Normen gelten läßt. Ob und inwieweit eine solch individualistische Ethik möglich sei, kommt hier weiter nicht in Frage. Der Rechtsordnung gegenüber kann die Individualperson, das ist die physische Person jedenfalls nur als relativ frei, d. h. nur als ein vorläufiger, kein endgültiger Zurechnungspunkt gelten, sofern eben die Individualperson zur Rechtsordnung überhaupt in Beziehung, in jene Einheitsbeziehung gebracht werden soll, der zufolge sie allein in die Ebene juristischer Erkenntnis fällt, als Recht, d. h. aber als Teilrechtsordnung erkannt wird. Behauptet man die Individualperson der Rechtsordnung gegenüber als absolut frei, verzichtet man also darauf, den „Willen“ der Individualperson aus dem Willen der Rechtsordnung abzuleiten, die Individualperson als Teil einer umfassenden Gesamtperson zu begreifen, die Zurechnung über die Individualperson hinaus bis zur Gesamtperson des Staates zu führen, so bedeutet dies, daß man in der Individualperson der positiven Rechtsordnung ein selbständiges Normensystem entgegenstellt, dessen Träger das souveräne Individuum ist; ein Normensystem, das gegenüber der positiven Rechtsordnung nur moralischen Charakter hat, das aber, sofern es sich auch als „Recht“ bezeichnet, Naturrecht ist. Daß das Bedürfnis, die Einheit zwischen beiden Systemen herzustellen, von diesem Standpunkt des souveränen Individuums zu einer Eingliederung der positiven Rechtsordnung in das System der Individualordnung führen muß, indem die Geltung der Rechtsordnung in der bekannten Weise auf den Willen des Individuums, auf seiner „Anerkennung“ begründet wird, kommt hier weiter nicht in Betracht. Wichtig ist nur die Erkenntnis, daß die absolute Freiheit des Individualwillens und das naturrechtliche Postulat absoluter Freiheit des Individuums gegen den Staat und sohin die Idee der politischen Freiheit den gleichen Sinn haben; daß somit die Freiheit des Willens im normativen Sinne, abgesehen von der bloß negativen Bedeutung einer prinzipiellen Ablehnung kausaler Determination, nur von einer im Bereich rechtstheoretischer Erkenntnis unhaltbaren, subjektivistischen Position aus als absolute Freiheit gedeutet werden kann. Von einem objektivistischen Standpunkt aus ist das individuelle Rechtssubjekt — wie nur relativ existent, so nur relativ frei. (Auch in einem politischen Sinne, sofern eben Freiheit und Staat als rechtliche Bindung nicht vereinbar ist.) Absolut frei, weil Endpunkt der Zurechnung ist nur die Gesamtperson des Staates, der souveräne Staat. Die Idee der Freiheit der Person geht im Bereiche

des Rechtes nicht verloren; nur schiebt sich an Stelle der Freiheit der Individualperson die Souveränität des Staates. Will man unter „Person" nur den Endpunkt der Zurechnung verstehen, dann ist der Staat weil die höchste, die einzige Person des Rechts in diesem absoluten Sinne, die Rechtsperson κατ' ἐξοχήν. Es ist nur eine vorläufige und keine endgültige, eine teilweise und noch keine ganze Bestimmung eines Rechtsaktes, wenn man ihn als Geltendmachung einer Berechtigung oder Erfüllung einer Pflicht einer physischen oder juristischen Person zurechnet. Seine endgültige und ganze Bestimmung als Rechts-Akt findet er erst, wenn seine Stellung im Ganzen des Rechtssystems eingesehen ist, wenn die Beziehung bis zur Einheit des Gesamtrechtssystems, bis zum letzten Geltungsgrund des diesen Akt beinhaltenden „Willens" vordringt, wenn er als vom Staate gewollt erkannt, dem Staate zugerechnet wird. Der stufenweise Aufstieg dieses Weges, den die Zurechnung zurücklegt, wird noch näher darzustellen sein. Auch wird noch von dem hier entwickelten Begriff eines Staatsaktes im weitesten Sinne eines letztlich der Staatsperson zuzurechnenden Rechtsaktes, also von dem Begriff eines mit dem Rechtsakt identischen Staatsaktes ein Staatsakt im engeren Sinne abzuscheiden sein. (Vgl. S. 231ff., 238ff., 265ff.)

C. Die Möglichkeit von Rechtspflichten und Berechtigungen des Staates. (Staat und Mensch.)

Erkennt man die Staatsperson als Einheitsausdruck der menschliches Verhalten beinhaltenden, als Rechtspflichten und Berechtigungen statuierenden Rechtsordnung, dann versteht es sich von selbst, wie der Staat Pflichten und Rechte „haben", wie es Pflichten und Rechte des Staates geben kann, die zugleich — wenn auch in einem anderen Sinne — Pflichten und Rechte von Menschen sind. Das Verhältnis ist ganz das gleiche wie bei irgendeiner anderen „juristischen", ja sogar bei der „physischen" Person. Ein Problem ergibt sich hier erst, wenn man „Person" mit Mensch identifiziert, aus der normativ-juristischen in die kausal-natürliche, psychologische Ebene ausgleitet, die Staatsperson als eine vom Recht verschiedene, dem Rechte so wie der Mensch gegenüberstehende, so wie der Mensch natürlich reale, in ihrer Funktion kausalgesetzlich bestimmte Wesenheit, als psychische oder gar physisch-psychische Macht, Gewalt oder als macht- bzw. gewaltbegabten Organismus oder ähnlich auffaßt. Nach dieser der heutigen wissenschaftlichen Durchschnittsmeinung entsprechenden Vorstellung muß die nun einmal nicht zu umgehende Frage nach dem Verhältnis von Staat und Recht in dem Sinne gelöst werden, daß der Staat einerseits die Voraussetzung des Rechtes sei, andererseits aber dem Rechte unterworfen, durch das Recht ebenso berechtigt und verpflichtet wie der der Rechtsordnung gleichfalls unterworfene Mensch; die Staatslehre muß als Staatsrechtslehre zu einer Lehre von den Pflichten und Rechten des Staates werden; und der ganze Unterschied zwischen dem Menschen und dem Übermenschen „Staat" besteht nur darin, daß jener von dem die Rechtsordnung mit seinem eigenen Willen irgendwie bestimmenden Staat, dieser aber sonach nur durch sich selbst berechtigt und vor allem verpflichtet wird. Das ist der Grundgedanke der modernen Staatsrechtslehre. Er ist unhaltbar.

D. Der Staat als Voraussetzung des Rechts.

Von dem eben entwickelten Standpunkt der traditionellen Theorie aus ist es der Staat, der die Rechtsordnung aufstellt, ist es dem Staate wesentlich, eine Rechtsordnung aufzustellen, eine Rechtsordnung — als „seine" Rechtsordnung — zu „haben", das Recht zu setzen. Der logische Zirkel, der darin gelegen ist, liegt auf der Hand. Wenn der Akt der Rechtssetzung als Staatsakt gelten soll, so ist dies nur unter der Voraussetzung einer Regel möglich, nach der die Rechtssatzungshandlung, die man als Staatsakt deuten will, wie jede menschliche Handlung, die als Akt des

Staates gelten, auf die Einheit des Staates bezogen werden soll, nicht dem — für eine auf die Naturrealität gerichtete psychologisch-soziologische Betrachtung allein gegebenen — physisch Handelnden selbst, sondern einem „hinter" ihm gedachten Subjekte, dem Staate zugerechnet wird. Diese Zurechnungsregel kann aber nur die Rechtsnorm, diese Ordnung, in der die fragliche Handlung stehen muß, um auf jene spezifische Einheit bezogen zu werden, kann nur die Rechtsordnung sein. Die Handlung muß als Inhalt eines Rechtssatzes, d. h. als Rechtsakt gedacht, auf die Einheit des Rechtssystems bezogen werden können, was in einer — diese Einheit personifizierenden — Sprache dahin ausgedrückt wird, daß sie ein Akt des Staates, ein Staatsakt sei. Muß aber die Rechtsordnung schon vorausgesetzt werden, damit ein Rechtserzeugungsakt als Staatsakt gelte — es kann sich somit nur um Fortbildung der Rechtsordnung nach deren eigenem Gesetz handeln — dann ist es unmöglich, den Staat für eine Voraussetzung des Rechtes auszugeben. (Die Frage: Wer stellt die Rechtsordnung erstmalig auf, im Sinne einer Frage nach der Urzeugung des Rechtes, ist als Scheinproblem der generatio aequivoca sinnlos.)

E. Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates.

Die Unmöglichkeit des eben entwickelten Standpunktes zeigt sich am deutlichsten darin, daß die Theorie vom Staat als Voraussetzung des — von ihm erst zu erzeugenden — Rechtes sich in ihrem weiteren Fortgang notwendig selbst aufheben muß. Die Annahme eines vom Recht verschiedenen Staates, den Dualismus eines Rechtswesens und eines metarechtlichen Staatswesens, kann die Staatslehre darum nicht bestehen lassen, weil sie den Staat, der sich ihr als Einheit von als Staatsakten qualifizierten menschlichen Handlungen darstellt, schließlich doch irgendwie als Rechtswesen begreifen muß. Denn diese Staatsakte kann sie — wie immer sie sich auch drehen und wenden mag — doch nur als Rechtsakte begreifen. Das drückt sich gerade in der Tatsache aus, daß die Staatslehre niemals hat darauf verzichten können, zumindest auch eine Staatsrechtslehre zu sein, d. h. den Staat als Gegenstand der Rechtserkenntnis zu konstituieren. Wenn die herrschende Lehre vom Staat als von einem Subjekt von Handlungen (und das ist immer der Fall, außer wenn sie den Staat geradezu als verpflichtende, die Menschen als seine „Untertanen" autoritär verbindende Ordnung, d. h. aber als positive Rechtsordnung behandelt) spricht, d. h. aber als Person darstellt, so zögert sie keinen Augenblick, diese Person des Staates als Rechtsperson gelten zu lassen. Es ist die berüchtigte Lehre von der sogenannten Selbstverpflichtung des Staates, zu der der Dualismus von Recht und metarechtlichem Staat — sich selbst negierend — gedrängt wird. Der Staat, so lehrt man, stellt nicht nur eine Rechtsordnung auf, sondern er unterwirft sich auch selbst dieser „seiner" Rechtsordnung und wird dadurch Rechtsperson, Subjekt von Rechtspflichten und Berechtigungen! Was immer gegen den handgreiflichen Widersinn dieser den Königsgedanken der modernen Staats- und Staatsrechtslehre bildenden Theorie vorgebracht wurde: vor allem, daß es nicht angehe, daß der Staat als metarechtliches Wesen die Voraussetzung des Rechtes und zugleich das Recht als Voraussetzung des zur Rechtsperson, also zu einem Rechtswesen verwandelten Staates gelten, daß der als — notabene „höchste" — Macht wesentlich unbeschränkte und unbeschränkbare Staat nicht zugleich durch das noch dazu von ihm selbst erzeugte Recht gebunden werden könne, da er sich doch nach Belieben dieser Bindung entziehen könne; zumal die fragliche Theorie nicht ermangelte, zu behaupten, es stände im Belieben des Staates, ob er sich überhaupt seinem Recht unterwerfe, und es gäbe Staaten, die sich ihrem Recht nicht unterworfen hätten. — Was immer man, wie gesagt, gegen diese Selbstverpflichtungslehre vorgebracht hat — und kritische Zweifel an diesem Teile des herrschenden Lehrgebäudes haben

nie ganz geschwiegen: — Die Wurzel des Irrtums wurde damit noch nicht ganz aufgedeckt. Wenn der Staat überhaupt, und sei es auch sich selbst, rechtlich verpflichten, wenn vom Staate rechtliche Bindung ausgehen kann — und das ist die Grundvoraussetzung, auf der die ganze Theorie steht —, dann kann der Staat keine rechtsfremde Macht, dann muß er Recht sein. Denn Recht kann nie aus Macht, kann aus Recht werden. Das ist nicht in irgendeinem ethisch-naturrechtlichen Sinne, sondern durchaus positiv-rechtlich gemeint. Der methodische Fehler der herrschenden Lehre vom Staate, der die Rechtsordnung aufstellt und so zunächst nur die anderen — Menschen? — verpflichtet, um sich dann selbst dieser seiner Rechtsordnung zu unterwerfen, d. h. sich selbst zu verpflichten, besteht darin, daß der physisch-psychische Akt der Erzeugung von Rechtsnormvorstellungen und deren motivierende Wirksamkeit mit der Geltung von Normen, der Voraussetzung einer Grundnorm, der rechtslogischen Erzeugung weiterer Normen, der „Ableitung" weiterer Rechtsnormen, bzw. Rechtspflichten unklar vermengt wird. Das erstere fällt überhaupt außerhalb des Bereiches einer auf die Einheit des Staates oder Rechtes gerichteten Betrachtung. Die Geltung von Rechtsnormen, auf die allein es ankommt, wenn die Verpflichtung der Untertanen (d. i. aller Personen mit Ausnahme des Staates) oder des Staates erfaßt werden soll, und die Erzeugung und das Wirksamwerden von Vorstellungsprozessen, die solche Normen zum Inhalt haben, sind methodisch grundsätzlich zu scheiden. Die Antinomie von Recht und Staat, in die die Selbstverpflichtungstheorie gerät, beruht zunächst auf dem Synkretismus einer psychologisch-naturwissenschaftlichen und einer juristischen Betrachtung; wobei immer wieder mit Nachdruck betont werden muß, daß der Gegenstand „Staat", jene spezifische Einheit nur in der Richtung der letzteren Betrachtung anzutreffen ist. Dann aber begeht die Selbstverpflichtungslehre den für die ganze Rechtstheorie charakteristischen Fehler, daß sie die Person des Staates als Subjekt von Pflichten und Rechten — wie es die Jurisprudenz mit der Rechtsperson überhaupt macht — für ein zwar von der Rechtserkenntnis konstituiertes oder zumindest doch mitkonstituiertes Ding vorstellt, das sich aber doch wieder irgendwie von der das alleinige Substrat der Rechtserkenntnis bildenden Rechtsordnung loslöst und ihr gegenüberstellt. Die Person wird zwar einerseits als etwas Rechtliches, als ein Rechtswesen, andererseits aber doch wieder als ein von der Rechtsordnung verschiedenes, ihr gegenüber irgendwie selbständiges, natürliches Wesen angenommen. Man identifiziert eben wie bei der „physischen", so auch bei der „juristischen" und so insbesondere auch bei der Staatsperson unversehens „Person" mit „Mensch" und stellt die Person des Staates als eine Art Übermensch vor. Hat man in der Selbstverpflichtungstheorie mit Mühe und Not und um den Preis eines Selbstwiderspruchs den Weg aus dem Bereich natürlichen Seins in jenen rechtlichen Sollens gefunden, gleitet man — auf die Staatsperson die synkretistische, die Grenze zwischen Person und Mensch, Rechtslehre und Psychologie vermischende Personenlehre anwendend — wieder in die natürliche Seinssphäre aus. Allein „Person", sei es nun physische oder juristische Person, ist nur Personifikation des ausschließlich und allein den Gegenstand der Rechtswissenschaft bildenden Rechtes, d. h. die Personifikation von Rechtsnormen: Als Person kann der Staat nur die Personifikation der Rechtsordnung sein. Daß er als solcher Pflichten und Rechte „hat", d. h. daß Pflichten und Rechte in der Rechtsordnung statuiert sind, auf deren Einheit bezogen werden können, daß er somit ebenso Pflichten und Rechte hat wie eine physische Person, die auch nur die Personifikation eines Normenkomplexes ist, das ist nur dann Problem — ein Scheinproblem —, wenn man den Staat für einen Menschen hält; und dann die allerdings unlösbare Frage aufwirft, wieso der Staat ebenso Pflichten und Rechte „haben" könne wie ein Mensch, wie es möglich sei, den Staat ebenso rechtlich zu binden wie den Menschen. Nur wenn man erkennt, daß schon die physische Person in diesem Sinne nicht berechtigt oder verpflichtet werden kann, ist man fähig, das

Problem der Selbstverpflichtung des Staates als das Scheinproblem zu erkennen: wie die rechtliche Bindung rechtlich gebunden werden kann.

F. Erkenntniskritische Auflösung des Dualismus von Staat und Recht.

Der Dualismus von Staat und Recht ist das Ergebnis eines in der Geistesgeschichte typischen und auf allen Gebieten der Erkenntnis häufigen Denkfehlers. Die Einheit eines Systems wird der Veranschaulichung wegen personifiziert und die Personifikation hypostasiert, so daß, was ursprünglich nur ein Denkbehelf, nur der Ausdruck für die Einheit eines Systems oder Gegenstandes, zu einem selbständigen System oder Gegenstand fingiert wird. Was nur Erkenntnismittel, nur Werkzeug war, sich des Gegenstandes erkennend zu bemächtigen, wird zu einem selbständigen Erkenntnisgegenstand, der zu dem ursprünglichen hinzutritt. Daraus entsteht das Scheinproblem einer Beziehung zwischen den beiden Gegenständen. Doch macht sich darin nur die Tendenz geltend, die künstlich geschaffene Zweiheit wieder auf eine Einheit zu reduzieren. Gerade in dieser Tendenz zur Einheit bewährt sich alle echte Erkenntnis.

Das Problem des Verhältnisses zwischen Staat und Recht wird aber dadurch noch besonders kompliziert und erhält gerade dadurch sein spezifisches Gepräge, daß zu der verdoppelnden Hypostasierung noch ein Synkretismus hinzutritt. Nicht nur daß die Rechtsordnung als System gültiger Normen personifikativ verdoppelt und zu einer vom Recht verschiedenen Staatsperson verdichtet wird, sondern es wird auch die Wirksamkeit der Rechtsnorm-Vorstellungen zu einer „Kraft", dem Staate als Macht, hypostasiert und werden beide Verdoppelungen durcheinander gemengt.

§ 16. Staat und Gott.

A. Selbstverpflichtung des Staates und Menschwerdung Gottes.

Sofern der Dualismus von Staat und Recht das Ergebnis einer unkritischen Hypostasierung ist, in der der personifikative Einheitsausdruck des Rechts zu einem metarechtlichen, dem Recht transzendenten Staat wird, ist die erkenntnistheoretische Situation in der Lehre vom Staat die gleiche wie in der Lehre von Gott, der Theologie. Auch Gott wird, wie der Staat, wesentlich als Person gedacht und ist, wie der Staat, die Personifikation einer universalen Ordnung, der Weltordnung, der Welt als eines Systems von Normen oder Naturgesetzen. Wie der Wille des Staates das Recht, so ist der Wille Gottes der Inhalt der das System der Welt bildenden Normen und Naturgesetze. Und so wie der Staat aus einer personifikativen Einheit des Rechts durch Hypostasierung zu einem dem Rechte transzendenten, metarechtlichen Wesen wird, dessen Beziehung zum Recht das Kernproblem der Staatslehre bildet, so lehrt die Theologie als das Wesen Gottes seine Transzendenz gegenüber der Welt; und das widerspruchsvolle Problem der Beziehung des — voraussetzungsgemäß beziehungslosen — Gottes zur — voraussetzungsgemäß gottfremden — Welt ist der Hauptgegenstand der Theologie. Der Parallelität des Problems und sohin der Probleme entspricht eine auffallende Parallelität der Problemlösungen. Es gilt die kritische Beleuchtung der Theologie auf die Staatslehre reflektieren zu lassen, deren Probleme erst in diesem Lichte sich ganz enthüllen.

Von den hier in Betracht kommenden Parallelen sei in diesem Zusammenhange vor allem auf die Analogie zwischen der Theorie der Selbstverpflichtung des Staates und dem Dogma von der Menschwerdung Gottes hingewiesen. Durch die — vor allem gegen den Pantheismus — mit Nachdruck betonte Transzendenz Gottes gegenüber der Welt gerät die Theologie in die gleiche Schwierigkeit wie die Staatsrechtslehre angesichts der von ihr behaupteten metarechtlichen Natur des Staates. Erkenntnistheoretisch besteht die Schwierigkeit, ja die Unmöglichkeit der Situation in beiden Fällen darin, daß zwei voneinander verschiedene, unabhän-

gige Systeme, Gott und Welt, Staat und Recht, innerhalb einer und derselben Erkenntnissphäre auftreten, während die prinzipielle Tendenz aller Erkenntnis auf systematische Einheit gerichtet ist. Diese Schwierigkeit drückt sich aber sowohl in der Theologie als auch in der Staats- und Rechtslehre nicht rein erkenntnistheoretisch aus. In der Theologie heißt es etwa so: Mit den Eigenschaften Gottes ist eine von diesem unabhängige Welt unvereinbar. Die Welt muß, um überhaupt zu sein, irgendwie von Gott sein. Gott ist die Weltursache, er hat die Welt erzeugt und erzeugt sie immer wieder. Und umgekehrt könnten die Menschen als Teil der Welt, sich von Gott keine Vorstellung machen, den Gedanken Gottes gar nicht fassen, wenn nicht Gott auch irgendwie von der Natur der Welt, insbesondere des Menschen wäre. Es müssen also die beiden einander ausschließenden Prinzipe: die Erhabenheit Gottes über die Welt und seine positive Beziehung zur Welt, irgendwie doch miteinander vereinbart werden, denn Gott ist zwar seinem Wesen nach ,,unverworren", aber doch kann man sich Gott nicht ohne Welt, die Welt nicht ohne Gott vorstellen. Die gleiche Vergewaltigung der Logik zeigt die Staatsrechtslehre. Diese behauptet durchaus das Analoge: Der Staat ist eine vom Recht verschiedene und unabhängige Wesenheit, er ist letzten Endes metarechtlicher Natur, ist Macht, nicht Recht. Aber dennoch kann man sich den Staat nicht ohne Recht, das Recht nicht ohne Staat denken. Der Staat ist Erzeuger oder Träger des Rechts, der Staat steht also über dem Recht, andererseits aber ist der Staat doch wieder von der Natur des Rechtes, dem Recht unterworfen, Rechtswesen, Rechtsperson. Und so wie das Problem in Theologie und Staatslehre das gleiche ist, nämlich das gleiche Scheinproblem eines Verhältnisses zwischen einem System und seiner Hypostasierung (ein,,Verhältnis" ist nur innerhalb des Systems denkbar), so findet es auch in beiden Disziplinen die gleiche Lösung, wenn anders man einem logisch unlösbaren Problem gegenüber als Lösung etwas anderes gelten lassen will als die radikale Auflösung des Problems, d. h. seine Entlarvung als Scheinproblem. Der überweltliche Gott verwandelt sich in die Welt, bzw. deren Repräsentanten, den Menschen, indem sich die Wesenheit Gottes in zwei Personen spaltet: in Gott-Vater und Gott-Sohn, den Gott-Menschen, oder die Gott-Welt. In der Person des Gottmenschen unterwirft sich Gott der von ihm selbst gesetzten Weltordnung, der sittlichen sowohl als der naturgesetzlichen, schränkt sich die von vornherein schrankenlose Macht des göttlichen Willens selbst ein. Als Gott-Mensch verzichtet Gott auf seine Allmacht. Das Weltgeschehen richtet sich nicht nach seinem Willen, sondern umgekehrt, als Gott-Sohn fügt er sich in Gehorsamspflicht gegen Gott-Vater. Unter dem Gesichtspunkt der auch ausdrücklich so genannten Selbstbeschränkung, Selbstverpflichtung Gottes wird diese Lehre von der Weltwerdung Gottes in der Theologie vorgetragen. Ihr entspricht haargenau die früher dargestellte, den Kern der traditionellen Staatsrechtstheorie bildende Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates. Der vom Recht wesensverschiedene, als Macht zu begreifende, allmächtige und darum seinem Wesen nach unbeschränkte, ,,souveräne", durch keine Norm gebundene ,,Staat" muß schließlich doch zum Recht werden, sich in ein Rechtswesen, sich in eine juristische Person verwandeln, die, weil sie die Rechtsordnung ,,über" sich hat, aus der Rechtsordnung ihre ,,Macht" ableitet, wenn anders der Begriff der Souveränität noch einen Sinn haben soll. Denn irgendwie muß ja doch der Systemeinheit Rechnung getragen werden. Und dabei muß sich begreiflicherweise der Standpunkt der Rechtserkenntnis durchsetzen. Wie vollzieht sich nun diese von den Kritikern des Selbstverpflichtungsdogmas stets als Mysterium bezeichnete Metamorphose des Staates als Macht zum Staat als Recht? Sehr einfach, sagt die Staatslehre: Der Staat stellt eine Rechtsordnung auf, es ist sogar für ihn wesentlich, eine solche aufzustellen, und nachdem er sie aufgestellt hat, unterstellt er sich selbst freiwillig dieser ,,seiner" Rechtsordnung. Alle Zweifel, die immer wieder gegen diese Selbstverpflichtungstheorie von juristischer Seite vorgebracht wurden, sind bei-

nahe wörtlich in der Theologie, gegen die Theologie in bezug auf das Dogma von der Menschwerdung Gottes geäußert worden. Wie kann Gott allmächtig, souverän, seinem Wesen nach unbeschränkt und ungebunden und doch zugleich als Mensch dem Naturgesetz unterworfen (geboren werden, leben, leiden, sterben) und an das Sittengesetz gebunden sein? So sprachen zu allen Zeiten die religiösen Zweifler. Und die kritischen Juristen fragten: Wie kann der Staat, als dessen Wesen uns zum Unterschied vom Recht die Macht gelehrt wird, irgendwie und sei es auch durch sein „eigenes" Recht selbst rechtlich gebunden werden? Wenn der Staat — wie aus seinem Wesen vorausgesetzt wird — von Natur aus alles kann, wozu er die Macht hat, wie kann dann von irgendeinem Standpunkte aus behauptet werden, er könne nur das, wozu er durch die Rechtsordnung berechtigt oder verpflichtet sei? Als einen „Minotaurus" bezeichneten gewisse Ketzer den Gott der Theologen, der halb Mensch, halb Übermensch sei; als „Fabelwesen" verwarf die Kritik den Staat, der nach herrschender Staatsrechtslehre halb Rechtsperson, halb naturhaftes Machtwesen sein sollte.

Das aus dem tiefsten Wesen der Erkenntnis dringende Streben nach Einheit des Systems setzt sich — den Erkennenden unbewußt — oft auf seltsamen Umwegen durch. Nachdem die Theorie Staat und Recht als zwei verschiedene Wesen auseinandergerissen hat, sucht sie beide wieder zu vereinigen. Dabei deutet sie die Einheit von Staat und Recht, was ein logisches Postulat, weil die bloße Aufhebung eines Scheindualismus ist, zu einem politischen Postulat um und lehrt: Staat und Recht fallen nicht notwendig, sondern nur möglicherweise zusammen. Früher, insbesondere in der absoluten Monarchie, seien Staat und Recht einander feindlich gegenüber gestanden. Die historische Entwicklung ziele aber auf eine Vereinigung beider. Erst im modernen Rechtsstaat werde die Staatsordnung zur Rechtsordnung, erfülle sich die Forderung der Einheit von Staat und Recht als historisches Faktum. Vom Standpunkt einer positivistischen und nicht naturrechtlichen Rechtslehre, der ja auch grundsätzlich der Standpunkt der modernen Staatsrechtstheorie ist, muß die Einheit von Staat und Recht als eine begrifflich wesenhafte, von jeder historischen Entwicklung unabhängige erkannt werden, kann die Vereinigung von Staat und Recht kein historisches Faktum sein, muß jeder Staat, auch der absolute Polizeistaat, eine Rechtsordnung sein. Es geht nicht an, nur die demokratisch erzeugte Rechtsordnung als „Recht" im eigentlichen Sinne gelten zu lassen, weil nur jene Rechtsordnung und jede Rechtsordnung als positives Recht zu gelten hat, die den „Staat" „hinter sich" hat, wie man sich, bildlich verdoppelnd, auszudrücken pflegt; d. h. aber: jene Rechtsordnung, die die Staatsordnung ist. In dieser Identität der Rechtsordnung mit der Staatsordnung liegt ja geradezu das Wesen der Positivität des Rechts. Im Gegensatz zur orthodoxen Theologie, die in der Menschwerdung Gottes, in der Vereinigung des transzendenten Gottes mit der außergöttlichen Welt ein einmaliges historisches Faktum erblickt, das sich zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort zugetragen hat, wollen gewisse mystisch-pantheistische Sektenlehren in Christus nur ein ewiges Symbol sehen und die Menschwerdung Gottes nicht als ein einmaliges historisches Ereignis, sondern als ein im Wesen des Menschen begründetes Erlebnis begreifen: In jedem Menschen vollzieht sich die Menschwerdung Gottes, ist Gott Mensch, Mensch Gott, denn Gott ist seinem Wesen nach mit der Welt identisch.

B. Staatsunrecht und Theodizee.

Besonders deutlich tritt die Parallele zwischen der theologischen und der staatsrechtlichen Gedankenführung in der Analogie hervor, die zwischen dem Problem der Theodizee und dem des sogenannten Staatsunrechtes besteht. In beiden Fällen entsteht die begriffliche Schwierigkeit dadurch, daß auf die Einheit des Systems dessen Negation, auf Gott, als die Personifikation der sittlichen Weltordnung, des

Guten, das Böse, insbesondere die Sünde, auf den Staat, die Personifikation des Rechts, das Unrecht bezogen werden soll. Gott kann nicht das Böse wollen, der Staat kann kein Unrecht tun. Allein irgendwie muß auch das Böse, wie alles, als von Gott gewollt, Gott zugerechnet werden, da es mit Rücksicht auf die Allmacht Gottes nichts geben kann, was nicht von Gott gewollt, gar gegen den Willen Gottes wäre; d. h. auch die Sünde muß in das System Gottes einbegriffen, um vom Standpunkt dieses Systems, der Theologie, begriffen zu werden. So wie irgendwie ja auch das Unrecht, wenn es juristisch überhaupt begriffen werden soll, in das System des Rechts, in die Rechtsordnung, also in den „Willen" des Staates aufgenommen werden, d. h. also dem Staate zugerechnet werden muß. In beiden Disziplinen drängt die — auf Auflösung des Dualismus zwischen einem System und seiner Negation gerichtete — immanente Tendenz zu einer Umdeutung des Bösen bzw. des Unrechts aus einer Negation des Guten, bzw. des Rechtes zu einer Bedingung des Guten, bzw. des Rechtes. Die Theologie läßt Gott das Böse zwar nicht unmittelbar, aber schließlich doch mittelbar wollen, nämlich als Bedingung der läuternden, an sich guten, weil die Gerechtigkeit realisierenden Strafe. So erscheint auch der vertieften Rechtstheorie das Unrecht nur als ein in der Rechtsordnung als Bedingung für den staatlichen Zwangsakt gesetzter Tatbestand, somit doch schließlich als ein Inhalt der Rechtsnorm, des rechtlichen Sollens, das den Willen des Staates darstellt, als ein Inhalt neben anderen als Bedingungen des Zwangsaktes gesetzten Tatbeständen. Das Problem des Staatsunrechtes verschwindet damit als solches. Soferne aber in der Theologie der Tatbestand des Bösen des Charakters einer Negation des Guten und somit einer Verneinung Gottes noch nicht ganz entkleidet ist, offenbart sich hier in grandioser Weise das Problem, für das Böse als der Negation des Guten einen anderen Zurechnungspunkt zu suchen als das Subjekt des Guten, die Personifikation der sittlichen Weltordnung, nämlich Gott. Ihm wird der Teufel als der Urheber des Bösen und sohin wird dem Himmel als dem Reich des Guten die Hölle als das Reich des Bösen entgegengestellt. Würde die Rechtstheorie an dem Begriff des Unrechts als der Negation des Rechtes festhalten, wäre sie konsequenterweise gezwungen, neben dem Rechtssubjekt, der Rechts-Person, ein davon verschiedenes Unrechtssubjekt zu konstruieren. In der theologischen Lehre, daß auch Satan ein gefallener Engel, also uranfänglich doch nur ein Geschöpf Gottes ist, befriedigt sich auf symbolischem Wege das Bedürfnis nach systematischer Einheit.

C. Staat als rechts-, Gott als naturaufhebendes Prinzip.

Im übrigen bleibt freilich die Theologie in dem strengen Dualismus von Gott und Welt befangen. Und sofern im Begriff der Welt das System der Natur und sohin der Naturgesetze repräsentiert wird, nimmt Gott — als wunderwirkende Macht — die Bedeutung eines unter Umständen gegen die Natur gerichteten, ihre Gesetze aufhebenden Prinzipes an. In der Annahme einer von der Ordnung der Natur (im System der Naturgesetze) verschiedenen und von ihr unabhängigen übernatürlichen Ordnung des göttlichen Willens, in diesem Operieren mit zwei Ordnungen, mit einer doppelten Wahrheit liegt die charakteristische Methode der Theologie. Doch lehrt diese, man solle zur Erklärung des Geschehens zunächst und solange als möglich die Naturgesetze heranziehen und nur im Notfalle seine Zuflucht zur Annahme eines göttlichen Wunders nehmen. Es ist überaus bezeichnend, daß der Begriff des Staates gerade in seinem Gegensatz zum Recht die Bedeutung eines das positive Rechtgesetz eventuell aufhebenden Prinzips annimmt. So wenn gelehrt wird, daß zwar im allgemeinen alles womöglich rechtmäßig zugehen solle, daß aber der „Staat" das öffentliche Wohl auch ohne, ja gegen das Recht zu wahren berufen sei. Im „Notfalle", das heißt meist nur: wenn gewisse, dem positiven Rechte zuwiderlaufende politische Interessen es gebieten. Der Staat wird so zum Ausdruck eines dem

positiven Rechte gegenüber „höheren", und daher auch eventuell gegen dieses durchzusetzenden, weil das „wahre" Volks- oder sonstige Gesamtinteresse wahrenden den „politischen" Systems. Zwar soll „Politik" nach den Grundsätzen der modernen Standpunkt des Positivismus vertretenden Staatslehre grundsätzlich vom Rechte getrennt werden, und es kann daher zur Rechtfertigung eines Aktes — als eines Staats- oder Rechtsaktes — nicht Politik, sondern nur das Rechtsgesetz dienen. Dennoch lehrt man zugleich, daß staatsrechtliche Untersuchung nur bei Beachtung des „politisch Möglichen", des „politisch Gesunden" gedeihen könne (Jellinek). Allein was politisch möglich oder gesund sei, das muß von verschiedenen Standpunkten sehr verschieden beurteilt und muß, wenn es mit dem Inhalt des positiven Rechtes nicht im Einklang steht, als Naturrecht abgelehnt werden. Solche Lehre kann kaum einen anderen Sinn haben, als daß durch sie gewisse gegen das positive Recht gerichtete Postulate bestimmter politischer Gruppen legitimiert werden sollen. Es sind die Interessen der herrschenden, die Macht jeweils behauptenden Gruppe, wenn diese Lehre — als Resultat staatstheoretischer Erkenntnis — z. B. das Dogma vorträgt, daß die Vermutung stets für die Rechtmäßigkeit der Handlungen der obersten Staatsorgane spreche!

§ 17. Öffentliches und privates Recht.

A. Der Gegensatz.

Dieser Einbruch der Politik in die Rechtslehre wird aufs verhängnisvollste von einer rechtstheoretischen Unterscheidung begünstigt, die zu den fundamentalsten Prinzipien der modernen Rechtswissenschaft gehört. Es ist der Unterschied von privatem und öffentlichem Recht. Obgleich dieser Gegensatz das Rückgrat der ganzen rechtstheoretischen Systematik bildet, ist es schlechthin unmöglich, auch nur eine einigermaßen einheitliche Darstellung dessen zu geben, was durchschnittlich mit der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Rechte gemeint wird. Zwar kann man gewisse inhaltlich bestimmte Rechtsgebiete aufzählen, die konventionellerweise als öffentliches Recht einem Privatrecht gegenübergestellt werden. Zum öffentlichen Recht zählt man: Staats-, Verwaltungs-, Prozeß-, Strafrecht, auch Völker- und Kirchenrecht (letzteres sofern es sich überwiegend auf die erstgenannten Gebiete bezieht); alles übrige Recht heißt Privatrecht. Allein wenn man nach dem Grund dieser Einteilung fragt, gerät man mitten in ein Chaos widersprechender Lehrmeinungen.

Unsicher ist vor allem der Gegenstand der Einteilung. Bald ist es das objektive Recht, sind es die Rechtssätze, bald das subjektive Recht, die Pflichten und Berechtigungen, die von ihnen gebildeten Rechtsverhältnisse, die in private und öffentliche eingeteilt werden. Führt man das subjektive Recht auf das objektive zurück, muß eine Einteilung des ersteren zugleich eine Einteilung des letzteren sein. Dazu kommt, daß sich mit der Zweiheit des Einteilungsgegenstandes ein Gegensatz der Einteilungskriterien verbindet. Deren weist die Literatur mehr als ein Dutzend auf. Die allerverschiedensten, einander häufig gänzlich ausschließenden Gesichtspunkte sind es, nach denen bei den verschiedenen Theoretikern — und nicht selten bei ein und demselben — der Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht bestimmt wird. Immerhin lassen sich zwei Theorien als vorherrschend bezeichnen. Der Unterschied des Einteilungskriteriums ist hier — wenigstens der Absicht nach — auch ein Unterschied des Einteilungsobjektes.

B. Die Interessentheorie.

Im Anschluß an die Theorie des römischen Rechtes, dem diese ganze Unterscheidung entstammt, bezeichnet man als öffentliches Recht jene Rechtsnormen, die auf das allgemeine oder Gesamtinteresse, unter Privatrecht jene, die auf das Indivi-

dualinteresse, das Interesse der Einzelindividuen zielen. Daß damit ein metarechtlicher Standpunkt eingenommen wird und daher keine rechtstheoretisch brauchbare Einteilung gewonnen werden kann, ist leicht einzusehen. Welchem Zweck die Rechtsnormen dienen, ist für ihre juristische Qualifikation ebenso belanglos wie für eine Einteilung von Gemälden ihr Preis. Eine Einteilung der Rechtssätze kann sich nur auf den Inhalt oder die Gliederung der in Vorder- oder Nachsatz enthaltenen Tatbestände, also nur auf rechtsimmanente, nicht auf rechtstranszendente Gegenstände beziehen. Indes ist es schlechthin unmöglich, von irgendeinem positiven Rechtssatz zu behaupten, daß er dem Kollektiv- oder dem Individualinteresse diene. Jeder Rechtssatz dient stets beiden zugleich.

Indem eine Rechtsnorm ein Individualinteresse schützt, ist der Schutz dieses Individualinteresses ein Kollektivinteresse. Darin, daß die Rechtsordnung Darlehnsrechtssätze — unzweifelhaft ,,Privat"-Rechtssätze — überhaupt aufnimmt, manifestiert sich, daß ein Kollektivinteresse an diesen Rechtssätzen besteht. Und ebenso kann bei jedem beliebigen Rechtssatz des positiven Verwaltungsrechtes, des positiven Strafrechts — unzweifelhaft ,,öffentliches" Recht — der individuelle Mensch festgestellt werden, der an diesem Rechtssatze interessiert ist, dessen Interessenschutz dieser Rechtssatz dient. Bei Staatsrecht und Prozeßrecht tritt letzteres darum nicht so deutlich hervor, weil es sich dabei überhaupt nicht um selbständige, vollständige Rechtssätze handelt. In einem gewissen Sinne und in einer gewissen Beleuchtung berührt sich sogar der nach der Interessentheorie bestimmte Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht mit dem — auch nach einer Interessentheorie bestimmten — Gegensatz von objektivem und subjektivem Recht. Das geschützte Interesse, d. i. das subjektive Recht — ist stets das Individualinteresse; der Schutz des Interesses — das ist das objektive Recht — ist stets Kollektivinteresse.

Der Gegensatz von Gesamt- und Individualinteresse ist der Gegensatz zweier — metarechtlicher — Standpunkte, die beide jeder Rechtsnorm gegenüber geltend gemacht werden können. Und die ganze Unterscheidung muß als eine metarechtliche insolange abgelehnt werden, als sie nicht positivrechtlichen Charakter gewinnt, d. h. sofern mit ihr nicht typische Rechtsinhaltsmomente, der Unterschied spezifischer Tatbestände zum Ausdruck kommt. Wenn die besondere Berücksichtigung des öffentlichen Interesses zum Unterschied von jener des privaten sich in einer besonderen inhaltlichen Gestaltung der Rechtsnorm äußert, dann könnte eine Einteilung des objektiven Rechts unter diesem Gesichtspunkte erfolgen. Allein dann handelte es sich nur um einen Gegensatz von Tatbestandstypen. Und der Gegensatz von öffentlichen und privaten Interessen käme, weil nur für die Motive oder Zwecke des Gesetzgebers relevant, erst recht nicht in Betracht. Damit hat sich aber eine Verschiebung der Problemstellung vollzogen. Es wird nicht gefragt, ob durch die Rechtsnorm öffentliches, bzw. kollektives oder privates, bzw. individuelles Interesse geschützt wird; sondern, von der Annahme ausgehend, daß die Rechtsnorm in ihrer inhaltlichen Gestaltung das kollektive oder das individuelle Interesse mehr berücksichtigen kann, wird gefragt, in welcher Weise diese Berücksichtigung erfolgt. Da in jeder Rechtsnorm an und für sich schon ein Kollektivinteresse zum Ausdruck kommt und stets irgendwie auch ein Individualinteresse geschützt wird, geschieht die Fragestellung am besten in der Weise: ob und wie bei einer Rechtsnorm ein Individualinteresse — sei es bei Begründung oder Inhaltsbestimmung der dem Interesse entsprechenden Pflichten und Rechte, sei es bei Verfolgung der das Interesse verletzenden Pflichtwidrigkeit — berücksichtigt wird. Die größere Berücksichtigung des öffentlichen Interesses äußert sich meist nur negativ in der geringeren Berücksichtigung des Privatinteresses.

So haben zum Beispiel gewisse Rechtsnormen der positiven Rechtsordnung nur dispositive Geltung, d. h. sie gelten mit ihrem Inhalt nur für den Fall und in dem Ausmaß, als die Parteien nicht — von der Rechtsordnung dazu delegiert — durch ein-

seitige oder zweiseitige Willensäußerung Normen anderen Inhalts für ihr gegenseitiges Verhalten zu setzen ermächtigt sind. Diese Unterscheidung zwischen zwingendem und dispositivem Recht, die mitunter sogar mit jener von öffentlichem und privatem Recht identifiziert wird, ist eine durchaus rechtsimmanente. Nur findet sie sich auf allen Gebieten, in die der Rechtsstoff konventionellerweise eingeteilt wird, im Verwaltungsrecht ebenso wie im Zivilrecht. In einem noch weiteren Ausmaße als dadurch, daß generelle — vom sogenannten Gesetzgeber erzeugte — Normen der Parteiwillkür zur Disposition gestellt werden, wird das Individualinteresse berücksichtigt, wenn nicht nur das Ob, sondern auch das Wie der rechtlichen Bindung durch die zu bindenden Parteien selbst bestimmt werden kann, wenn die Rechtsordnung an die als Vertrag bezeichnete übereinstimmende Willensäußerung zweier oder mehrerer Menschen der Parteiabsicht entsprechende Pflichten und Rechte als Folge knüpft. Doch ist der Vertrag ein keineswegs nur für das Privatrecht allein charakteristischer Tatbestand. Es gibt auch einen sogenannten öffentlich-rechtlichen Vertrag. Und so wie es im eminentesten Gesamtinteresse ist, daß gewisse private Rechtsgeschäfte geschlossen werden — in der kapitalistischen Wirtschaftsordnung wird das Gesamtinteresse, das an der Gütererzeugung und Güterverteilung besteht, bezeichnenderweise durch die Technik des Rechtsgeschäftes garantiert — so sind es wieder reine Individualinteressen, die durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag realisiert werden, so z. B. der sogenannte Naturalisationsvertrag, durch den ein Fremder in den Staatsverband aufgenommen wird, oder der Anstellungsvertrag, durch den jemand Staatsbeamter wird. Andererseits ist wieder jede Form der Pflicht- und Rechtsbegründung, durch die nur das sogenannte öffentliche Interesse zur Geltung zu kommen scheint, der einseitige Befehl, der den Adressaten verpflichtet, keineswegs nur als obrigkeitlicher Befehl eines Staatsorgans (im engeren Sinne) als spezifischer, dem Verwaltungsrecht angehöriger Verwaltungsakt möglich. Auch im Privatrecht finden sich derartige Tatbestände; so wenn z. B. der Arbeitnehmer rechtlich gebunden ist, den ihm vom Arbeitgeber im Rahmen des individuell oder kollektiv geschlossenen Vertrages erteilten Auftrag auszuführen. Ähnlich steht es mit der Unterscheidung, die sich daraus ergibt, daß in gewissen Rechtssätzen unter den Bedingungen des Zwangsaktes auch die auf den Zwangsakt gerichtete Willensäußerung einer — an dem Rechtssatz für interessiert vorausgesetzten — Partei: des Gläubigers, des in seiner Ehre Beleidigten usw. als „Klage“, „Beschwerde“ u. a. aufgenommen ist. Auch diese Unterscheidung, die rechtstechnisch von großer Bedeutung ist, muß als rechtstheoretisch zulässig anerkannt werden und hängt irgendwie mit dem der Interessentheorie zugrunde liegenden Gedanken zusammen. Allein Rechtssätze beider Art finden sich sowohl innerhalb des als öffentlich, wie innerhalb des als privat bezeichneten Rechtsgebietes. Nur eine von der letzten Einteilung gänzlich emanzipierte Systematik könnte den angegebenen Gesichtspunkt rein zur Geltung bringen.

C. Die Mehrwerttheorie.

1. Rechtsverhältnis und Gewaltverhältnis. Ein der Interessentheorie gänzlich fremder Einteilungsgrund und auch ein anderer Einteilungsgegenstand ist es, wenn man den entscheidenden Unterschied des öffentlichen vom privaten Recht darin erblickt, daß dieses Verhältnisse zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten, jenes Verhältnisse zwischen einem übergeordneten und einem untergeordneten Rechtssubjekt, speziell zwischen Staat und Untertan normiere. Es ist somit zunächst ein Unterschied innerhalb der Rechtsverhältnisse, den man im Auge hat: private und öffentliche Rechtsverhältnisse. Und man bezeichnet die privatrechtlichen Verhältnisse auch als Rechtsverhältnisse schlechthin, als „Rechts“verhältnisse im eigentlichen und engeren Sinne des Wortes, um ihnen die öffentlich-rechtlichen

Verhältnisse als „Gewalt"- oder „Herrschafts"-Verhältnisse gegenüberzustellen. Dabei liegt der maßgebende Unterschied offenbar in einer verschiedenen Qualität der Rechtssubjekte. Gewissen Subjekten, insbesondere der Person des Staates, wird ein höherer rechtlicher Wert zugesprochen als den anderen Rechtssubjekten. Ihr Wille gilt mehr, hat eine größere rechtliche Kraft als der Wille der anderen Subjekte. Ähnlich wie in der Theorie des subjektiven Rechtes stehen sich also auch hier eine Interessen- und eine Willenstheorie gegenüber. Die Willenstheorie ist hier zugleich die Theorie des Mehrwerts gewisser Willen, des Willens gewisser Personen, eine Mehrwerttheorie. Der Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Rechtssubjekten, Rechtssubjekten und Gewalt- oder Herrschaftssubjekten führt dann zur Unterscheidung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Verhältnissen, „Rechts"verhältnissen und Gewalt- oder Herrschaftsverhältnissen, je nachdem ob sich private Rechtssubjekte untereinander oder öffentliche und private Rechtssubjekte gegenüberstehen. Sieht man das entscheidende Kriterium in der Qualität des Rechtssubjektes, dann kann man zu den öffentlichen Rechtsverhältnissen auch jene zählen, in denen sich Herrschafts- oder Gewaltssubjekte gegenüberstehen, innerhalb deren also keine unmittelbare Rechtswertdifferenz besteht. So kann man denn das Völkerrecht zum öffentlichen Rechte zählen, durch das ja gleichgeordnete Subjekte in Beziehung gesetzt werden. Die primäre Verschiedenheit der Rechtssubjekte und ihrer Verhältnisse begründet dann — sekundär — die Unterscheidung auch der diese Verhältnisse bestimmenden Rechtsnormen in öffentliche und private.

2. **Der Begriff des Rechtsverhältnisses.** Nach der dieser Mehrwerttheorie zugrunde liegenden Vorstellung stehen die Subjekte mit ihren vom Rechte zunächst unabhängigen Eigenschaften in ihren gegenseitigen, vom Rechte unabhängigen Beziehungen der Rechtsordnung gegenüber, die Rechtsordnung findet diese Subjekte und ihre Beziehungen gleichsam vor; und indem sie diese Subjekte und Verhältnisse regelt, normierend ergreift, macht sie sie zu Rechtssubjekten, Rechtsverhältnissen. Diese ganze Vorstellung — es ist die ja schon in anderem Zusammenhange vorgeführte Durchschnittsvorstellung des wissenschaftlichen Juristen (vgl. S. 68) — ist jedoch, wie bereits gezeigt, unhaltbar und in ihrer Naivität von bedenklichen Konsequenzen auch für die Theorie des öffentlichen zum Unterschiede vom privaten Recht. Die von der Rechtsordnung unabhängigen Verhältnisse sind Kausalverhältnisse, Motivationsbeziehungen. Die Vorstellung, Rechtssubjekte und Rechtsverhältnisse entstünden dadurch, daß die Menschen und ihre natürlichen Verhältnisse zu ihren — vom Recht unabhängigen Qualitäten — noch eine Rechtsqualität hinzubekommen, ist eine der Wurzeln für die verhängnisvolle Identifikation von Mensch und Rechtssubjekt und des weiteren für die Hypostasierung der sogenannten juristischen Personen. Die Rechtssubjekte stehen — wie schon in anderem Zusammenhange betont wurde — nicht der Rechtsordnung als von ihr verschiedene Wesenheiten gegenüber, sondern stehen — als Teile eines Ganzen — in der Rechtsordnung. Das Rechtsverhältnis ist daher kein natürliches Verhältnis, zu dem die Rechtsordnung regulierend hinzutritt. Sofern man als Ansatz für die Bewegung von einem noch vorjuristischen Standpunkt zu rechtstheoretischer Erkenntnis den natürlichen Tatbestand zum Ausdruck nimmt, kann man bestenfalls von einem Verhältnis zur Rechtsordnung sprechen. Korrekterweise muß das Rechtsverhältnis als ein Verhältnis innerhalb der Rechtsordnung, als eine durch den Rechtssatz hergestellte Beziehung von Tatbeständen bestimmt werden. Daß zwischen Gläubiger und Schuldner ein Rechtsverhältnis bestehe, bedeutet: Daß ein bestimmtes Verhalten des Gläubigers und ein bestimmtes Verhalten des Schuldners in spezifischer Weise in einem Rechtssatz verbunden sind, und zwar so, daß das Verhalten des einen als Berechtigung (auf den Zwangsakt gerichtete, dessen Bedingung bildende Willensäußerung), das des anderen als Verpflichtung (kontradiktorisches Gegenteil ist Bedingung des Zwangsaktes)

erscheint. Das Rechtsverhältnis ist daher ein Verhältnis zwischen Tatbeständen, nicht zwischen Personen. Daß als rechtliche Eigenschaften nur solche Eigenschaften der Tatbestände in Betracht kommen, die diese kraft ihrer Stellung im Rechtssatz, in Beziehung auf andere Tatbestände haben, ist selbstverständlich. Es versteht sich aber auch von selbst, daß nur Tatbestände solche differentielle Qualitäten haben können, nicht Rechtssubjekte, nicht Personen, soferne diese nur zu Erkenntniszwecken vorgenommene Hilfsvorstellungen, Personifikationen sind und als solche nur eine einzige Eigenschaft haben: Ausdruck der Einheit eines Komplexes von Rechtsnormen zu sein. Sie unterscheiden sich daher voneinander nur danach, ob es sich um die Personifikation der Gesamtrechtsordnung oder um Personifikationen von Teilrechtsordnungen handelt. Der Versuch, die Rechtssubjekte nach anderen Qualitäten zu differenzieren, muß daher von vornherein scheitern.

3. Der Rechtsgrund der Verpflichtung. Das zeigt sich sofort, sobald man die Frage stellt, worin eigentlich der gewissen Personen zuerkannte rechtliche Mehrwert, ihre Überordnung über andere Personen bestehe. Man erblickt sie darin, daß den einseitigen Befehlen dieser Herrschaftspersonen, insbesondere der Staatsperson, andere Personen zu gehorchen rechtlich verpflichtet sind, d. h.: daß im Ungehorsamsfalle die Herrschaftsperson Zwangsakte gegen die Ungehorsamen zu richten hat. In privaten Rechtsverhältnissen hingegen wird diese Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten nicht durch die einseitige Willensäußerung einer anderen Person, sondern grundsätzlich nur mit Zustimmung des Verpflichteten, durch übereinstimmende Willensäußerung beider begründet; und hier geht der Zwangsakt im Falle des vertragswidrigen Verhaltens nicht von der Verpflichtung begründenden Person, sondern von einer dritten, eben jener Herrschaftsperson, dem Staate aus. Es scheint somit tatsächlich ein prinzipieller Unterschied vorzuliegen. Löst man aber diese ganze personifikative Darstellung auf und führt sie auf die rechtlichen Tatbestände — insbesondere auf das Verhalten der Menschen als Inhalt der Rechtsordnung — und ihre Beziehungen zurück, so ergibt sich ein ganz anderes Bild. Der einseitige, für andere rechtsverbindliche Befehl des Herrschaftssubjektes und dessen Zwangsbefugnis: so wird die Tatsache gedeutet, daß die auf das Verhalten anderer Menschen (der „Untertanen") gerichtete Willensäußerung bestimmt qualifizierter Menschen (der sogenannten Staatsorgane) von der Rechtsordnung als Bedingung für eine (sekundäre) Rechtspflicht der ersteren zu einem mit der Willensäußerung der letzteren konformen Verhalten, und daß ein dieser Rechtspflicht zuwiderlaufendes Verhalten der verpflichteten Menschen als Bedingung für einen gegen sie gerichteten Zwangsakt gesetzt ist. Die hier in Betracht kommende Rechtspflicht wird letzten Endes nicht von der auf ihren Inhalt gerichteten Willensäußerung erzeugt, so wenig wie die privaten Rechtspflichten in der übereinstimmenden Willensäußerung der zu verpflichtenden Kontrahenten ihren letzten Grund finden. Diesen Tatbeständen wohnt keine irgendwie immanente Kraft inne, Rechtswirkungen hervorzubringen. Die als obrigkeitlicher Befehl bezeichnete einseitige Willensäußerung ist ebenso nur eine von der generellen Rechtsnorm gesetzte Bedingung wie das Rechtsgeschäft der zweiseitigen Willensäußerung; „Rechtsgeschäfte" in diesem Sinne (auf Rechtswirkungen gerichtete Willensäußerungen, die von der Rechtsordnung als Bedingungen dieser Rechtswirkungen gesetzt sind) sind somit beide Tatbestände. Der Geltungsgrund der Rechtspflicht ist in beiden Fällen die generelle Rechtsnorm, bzw. deren wenn man den Tatbestand des Befehls dem Staate zurechnet, so ist dies gerade nur letzter Grund (wie später noch näher zu zeigen, vgl. S. 231ff.): die Verfassung. Und darum der Fall, weil die Zurechnung zur Einheit des Systems durch die Zurückführung der Geltung auf die die Einheit bewirkende Grundnorm oder Verfassung im rechtslogischen Sinne erfolgt. Wenn die Rechtsordnung in einem Falle anordnet: Verhaltet euch so, wie gewisse bestimmt qualifizierte Menschen befehlen, und im anderen Falle: verhaltet euch so, wie ihr untereinander vereinbart, und in beiden

eine Rechtspflicht nur dadurch statuiert, daß sie das befehls- bzw. vereinbarungswidrige Verhalten unter die Sanktion eines Zwangsaktes setzt, so besteht der ganze Unterschied nur darin, daß die Bedingung für die Rechtspflicht das eine Mal eine einseitige, richtiger eine heteronome, autokratische, das andere Mal eine zweiseitige, richtiger eine autonome, demokratische Willensäußerung ist. In beiden Fällen stellt die Willensäußerung aber eine Fortsetzung der staatlichen Willensbildung, d. h. des Inhalts der Rechtsordnung, eine Konkretisierung der generellen, abstrakten Norm zu individuellen, konkreten Normen dar (vgl. S. 233). Bei dem — wie später noch näher dargelegt werden wird — nur relativen Gegensatz, der zwischen Tatbestand und Norm, Rechtsgeschäft und Rechtsgesetz, Rechtsanwendung und Rechtserzeugung besteht, ist der Tatbestand des öffentlich-rechtlichen obrigkeitlichen Befehls nicht anders wie der des privatrechtlichen Rechtsgeschäftes gegenüber den Menschen, deren Rechtspflichten durch diese Tatbestände ihren Inhalt erhalten: Norm, eine Rechtsnorm tieferer Stufe freilich. Und der Zwangsakt steht in keinem anderen Sinn „hinter" dem öffentlich-rechtlichen Befehl wie hinter dem Privatrechtsgeschäft. Daß es im ersteren Falle dieselbe Person ist, die den die Rechtspflicht unmittelbar begründenden Befehl und zugleich den gegen die Pflichtverletzung reagierenden Zwangsakt setzt, während im zweiten Falle der Zwangsakt von einer anderen Person ausgeht, als derjenigen oder denjenigen Personen, deren Willensäußerung die Parteipflichten inhaltlich bestimmen, ist nur durch die Personifikation hervorgerufener Schein. Er schwindet, sobald man nicht nach den Personen, sondern nach den Menschen fragt, deren Verhalten die maßgebenden Tatbestände bildet. Der — als Organ — den obrigkeitlichen Befehl setzende Mensch ist regelmäßig nicht der für den Ungehorsamsfall mit dem Zwangsakt betraute Mensch. Daß beider Tat demselben „Staate" zugerechnet wird, ist nur Ausdruck für die Einheit der Ordnung, die beide Tatbestände statuiert. In einem weiteren Sinn — und gerade dieser weitere Sinn ist hier entscheidend — ist auch das Rechtsgeschäft Rechtsakt, den Inhalt der Rechtsordnung vollendender Akt, auf die Einheit bezogen: Staatsakt. Daß aber der mit dem Zwangsakt betraute Mensch hinsichtlich dieses Aktes wiederum von dem Menschen zu bestimmen ist, dessen obrigkeitlicher Befehl die verletzte Pflicht begründete, das ist — bei aller sonstigen technischen Differenz — kein wesentlicher Unterschied gegenüber dem privatrechtlichen Verhältnis, bei dem ja auch zumindest einer der beiden durch ihre Willensäußerung die Rechtspflicht begründenden Menschen eine auf den Zwangsakt gerichtete Willensäußerung (die Klage, Beschwerde) setzen muß, damit der Zwangsakt erfolge.

4. Öffentliches und privates Recht. Erkennt man, daß der Grund der konkreten rechtlichen Bindung nicht, oder richtiger nur unmittelbar in den bedingenden Tatbeständen des obrigkeitlichen Befehls oder des Rechtsgeschäftes, letztlich in der diese Tatbestände mit Rechtswirkungen verknüpfenden Rechtsordnung (und daher unmittelbar auch in dem die Rechtspflicht bedingenden Tatbeständen) liegt, dann ist es sinnlos, dem einen oder dem anderen dieser Tatbestände eine höhere oder stärkere Rechtsgeltung zuzusprechen. Jeder Tatbestand hat genau die Geltung, d. h. genau die Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung, d. i. die Rechtsnormen höherer Stufen ihm verleihen. So wie an eine menschliche Willensäußerung, so kann die Rechtsordnung auch an äußere Ereignisse Pflichten knüpfen, ohne daß man sich veranlaßt sieht, solchen Ereignissen darum einen rechtlichen Mehrwert zuzuerkennen, weil mit ihnen Rechtspflichten von Menschen ohne deren Zustimmung entstehen. Die Unterscheidung der die Rechtspflichten bedingenden Tatbestände in Ereignisse und — positive oder negative — menschliche Willensäußerungen (Handlungen, Unterlassungen), und die Einteilung der letzteren wieder in solche, bei denen die Willensäußerung der zu verpflichtenden Menschen selbst den bedingenden Tatbestand bildet, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist, es somit ein — den zu Verpflichtenden gegenüber — fremder, auf das Verhalten der zu Verpflichtenden gerichtete Wille ist,

der die Bedingung der Verpflichtung bildet, ist zweifellos von größter Bedeutung. Aber ebensowenig wie sich in ihr eine Rechtswertdifferenz dieser Tatbestände oder gar der „Personen“ äußert, denen diese Tatbestände zugerechnet werden, ebensowenig fällt diese Unterscheidung — die ja bei der Mehrwerttheorie des öffentlichen Rechts offenbar mitspielt — auch nur annähernd mit jenen Grenzen zusammen, nach denen konventionell das Recht oder die Rechtsverhältnisse in privates und öffentliches Recht geschieden werden. Denn erstlich weist auch das sogenannte Privatrecht — wie bereits früher erwähnt — einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte auf, während sich im öffentlichen Recht wiederum behördliche Akte finden, die mit ihrer den Untertan verpflichtenden Wirkung nur bei Zustimmung des zu Verpflichtenden zustande kommen; so daß also eine Willensübereinstimmung von Behörde und Untertan die Bedingung der Rechtsfolge ist: der schon angeführte öffentlich-rechtliche oder verwaltungsrechtliche Vertrag, dessen wesentliche Differenzierung gegenüber dem privatrechtlichen Vertrag bisher vergeblich versucht wurde. Wiederum ist eine Emanzipation von der bestehenden Systematik nach öffentlichem und privatem Recht die Voraussetzung, unter der allein diese Gliederung der verpflichtenden Tatbestände konsequent durchgeführt werden könnte. Vor allem aber ist zu beachten, daß der entscheidende Gesichtspunkt, nach dem die Tatbestände in einseitig oder zweiseitig, in heteronom oder autonom verpflichtende eingeteilt werden, das Grundprinzip ist, nach dem innerhalb einer unzweifelhaft zur Gänze dem öffentlichen Recht zugewiesenen Sphäre, nämlich im Verfassungsrecht, die Methoden der staatlichen Willensbildung, das sind nämlich die Staatsformen, unterschieden werden. Es ist der Gegensatz von Autokratie und Demokratie, der sich als der die übliche Unterscheidung von Monarchie und Republik eigentlich tragende systematische Gedanke erweist und der die Staatsformen in solche einteilt, bei denen der staatliche Wille, die Rechtsordnung, von all den Menschen selbst erzeugt wird, für die er Geltung beansprucht, und in solche, bei denen dieses nicht der Fall ist, der staatliche Wille vielmehr von einem Menschen erzeugt wird, der allen anderen als fremder Wille, als Herrscher gegenübersteht. Nur daß eben die Lehre von den sogenannten Staatsformen sich auf die höchste oder doch auf eine relativ hohe Stufe der Staatswillensbildung (Rechtsordnungserzeugung), die Erzeugung der generellen Normen, die sogenannte Gesetzgebung bezieht, während die Mehrwerttheorie des öffentlichen Rechts — soweit die hier aus ihr herausgelöste Unterscheidung in einseitig, d. i. autonom, und zweiseitig, d. i. heteronom verpflichtende Tatbestände ihr zugrunde liegt, auf die unterste oder doch eine relativ untere Stufe der Staatswillensbildung, auf die Erzeugung der individuellen Normen, die behördlichen Staatsakte und Rechtsgeschäfte, zielt. So greift das Problem der Systematik des Rechts schon tief in die erst später darzustellende Lehre von den Staatsgewalten oder den Erzeugungsstufen, die Lehre von den Staatsorganen oder den Erzeugungsorganen, die Lehre von den Staatsformen oder den Erzeugungsmethoden der staatlichen Ordnung ein (vgl. S. 151 ff., 229 ff., 368 ff.).

D. Die politische Tendenz des Gegensatzes.

Wenn die Mehrwerttheorie gewissen Tatbeständen, speziell den sogenannten behördlichen Akten, einen höheren Rechtswert zuspricht, so geschieht dies nicht so sehr zu rechtstheoretischen Zwecken, nicht um das positive Recht rein als solches systematisch zu erfassen, sondern — größtenteils wohl unbewußt — um an das positive Recht ein politisches Prinzip heranzubringen, mit dessen Hilfe bestimmte, von diesem politischen Standpunkt aus erwünschte Ergebnisse erzielt werden, die als positiv-rechtliche ausgegeben werden sollen, obgleich sie im positiven Recht keine Stütze finden. Das zeigt sich in den Konsequenzen, die aus dem — gleichsam a priori — angenommenen Mehrwert gewisser Akte für die Rechtsanwendung gezogen werden.

In einem aus dem Gegensatze zwischen privatem und öffentlichem Rechte deduzierten Unterschied zweier Interpretationsmethoden liegt die eigentliche praktische Bedeutung des ganzen von der modernen Rechtstheorie trotz aller offenkundigen Widersprüche so zäh festgehaltenen Dualismus von privatem und öffentlichem Recht.

1. Die Präsumption der Rechtmäßigkeit öffentlicher Akte. Es verrät die Tendenz, den mit der Vollziehung im engeren Sinne des Wortes, mit den sogenannten behördlichen Funktionen betrauten Menschen, insbesondere den höheren und höchsten Organen und sohin den von ihnen repräsentierten Klassen-, Standes- oder sonstigen Gruppen- bzw. Individualinteressen eine größere Autorität zu verschaffen als die positive Rechtsordnung gewährt, wenn man den von diesen Organen gesetzten Rechtsakten, als öffentlich-rechtlichen, eine größere Glaubwürdigkeit als den nicht behördlichen, den sogenannten rechtsgeschäftlichen Akten, als privatrechtlichen, zuerkennt. Eine solche Bevorzugung der einen vor den anderen ist positiv-rechtlich ohne weiteres möglich und auch aus anderen Gründen als aus Klassen-, Standes-, Gruppen- oder Individual-Interessen zu rechtfertigen. Allein die Rechtstheorie glaubt auch ohne positiv-rechtliche Grundlage, bloß aus dem Wesen des öffentlichen Rechts heraus zu solchem Resultate gelangen zu können. Indes ist es ein naturrechtliches Dogma, hinter dem sich zumindest *auch* andere als rechtstechnische Postulate verbergen, wenn gelehrt wird, man dürfe öffentlichrechtliche Institute nicht privatrechtlich behandeln, und man damit eine im positiven Recht nicht begründete Interpretationsmethode zur Anwendung bringt. Die politische Tendenz tritt noch deutlicher hervor, wenn als ein Satz der allgemeinen Staatslehre ohne jede Rücksicht auf die Gestaltung des positiven Rechts vorgetragen wird: für die Handlungen der obersten Staatsorgane gelte die Präsumption ihrer Rechtmäßigkeit. Das bedeutet: Was immer jene Menschen, die von der Rechtsordnung mit gewissen Funktionen betraut sind, mit dem Anspruch tun, damit einen Staatsakt zu setzen, was immer sie speziell mit diesem Anspruch anderen befehlen, ist von vornherein Rechtsakt, auch wenn es offenkundig rechtswidrig ist. Gewiß, auch ein solcher Satz ist als positiver Rechtssatz möglich. Fehlt es aber an ihm, dann bedeutet der Versuch der Rechtstheorie, ihn durch eigene Aufstellung zu ersetzen, indem man ihn aus dem Wesen des öffentlichen Rechts deduziert, einen naturrechtlichen Durchbruch der positiven Staats- oder Rechtsordnung. Eine in der positiven Rechtsordnung nicht begründete Generalnorm wird zu einer fallweisen Modifikation der positiven Rechtsordnung im Interesse gewisser ansonsten mit höchsten Organfunktionen betrauten Menschen mißbraucht. Obgleich diese Menschen als Staatsorgane nur insoweit anzusehen sind als sie rechtmäßig sind, das heißt: als die von ihnen gesetzten Akte den Rechtsnormen höherer Stufe entsprechen, weil ja nur auf diesem Wege die Zurechnung zum Staate führt, versucht man ihre Akte ohne jede Rücksicht auf das Gesetz (im formellen Sinn) als Rechtsakte gelten zu lassen. Diese „Theorie“ hat die offenkundige Absicht, in der Vollziehung der Gesetzgebung eine gänzlich unabhängige Rechtsquelle, und sohin der durch die Gesetzgebung statuierten positiven Rechtsordnung in den durch die Vollzugsorgane gesetzten Normen — statt eine bloße Fortsetzung und Vollendung der ersteren — eine selbständige, mit der ersteren fallweise in Widerspruch stehende Rechtsordnung entgegenzusetzen (vgl. S. 229ff.).

2. Öffentliches Recht und Verwaltung. Indes beschränkt sich diese Tendenz, die sich speziell in der Theorie der konstitutionellen Monarchie geltend gemacht hat, tatsächlich nur auf einen Teil der Exekutive, die sogenannte Verwaltung, zum Unterschied von der Gerichtsbarkeit. Während man die Funktion der Gerichte als durch das Gesetz für gebunden, als einfache Vollziehung des Gesetzes ansieht, ist man bestrebt, das Verhältnis, in dem die Verwaltung — mit dem Monarchen und seinen Ministern an der Spitze — zum Gesetze steht, als ein wesentlich anderes darzustellen.

In der Lehre von den Gewalten des Staates oder den Erzeugungsstufen der staatlichen Ordnung wird davon noch näher die Rede sein (vgl. S. 236ff.). Hier kann lediglich festgestellt werden, daß man die Verwaltung — dieses eigentlichste Gebiet des „öffentlichen" Rechtes, für das die Mehrwerttheorie in erster Linie bestimmt ist — nicht eigentlich als Vollziehung des Gesetzes — so wie die Gerichtsbarkeit —, sondern als „freie" Tätigkeit „im Rahmen des Gesetzes" bestimmt. Die Grundvorstellung ist dabei die: Der Staat kann auf dem Gebiete der Verwaltung, wo die öffentlichrechtlichen Akte κατ' ἐξοχήν gesetzt werden, von vornherein tun, was er will, wozu er die Macht hat. Das Recht in Form des Gesetzes kommt sozusagen a posteriori hinzu und setzt ihm nach einigen Richtungen, nicht notwendig nach allen, gewisse Schranken. In den Verwaltungsakten werden somit nicht Gesetze vollzogen; nicht der Rechtssatz ist das Leitmotiv, sondern das öffentliche Wohl, das Staatsinteresse, die Staatsraison; es genügt, daß dabei die Schranken des Gesetzse nicht überschritten werden. Doch auch wenn sie überschritten werden, stellt für diesen Fall die „Theorie" die Präsumption der Rechtmäßigkeit zur Verfügung. Die logische Unhaltbarkeit dieser ganzen Vorstellung soll hier noch nicht dargelegt werden. Festgestellt sei nur die Tendenz der Loslösung des „öffentlich"-rechtlichen Verwaltungsakts von der höheren Rechtsstufe des Gesetzes. Und diese Tendenz darf nicht mit der Tatsache verwechselt werden, daß die Gestaltung des positiven Rechts eine solche sein kann, daß die individuellen Verwaltungsakte in geringerem Maße durch die generellen Gesetze determiniert werden als die Gerichtsakte, daß der Spielraum freien Ermessens auf dem Gebiete der Verwaltung tatsächlich ein größerer sein kann als auf dem Gebiete der Gerichtsbarkeit. Denn nicht irgendein — in einer positiven Rechtsordnung bald mehr, bald weniger realisiertes — legislativpolitisches Postulat, sondern eine von der jeweiligen inhaltlichen Gestaltung der Rechtsordnung unabhängige Theorie, aus dem Wesen des Verwaltungsaktes abgeleitet, wird mit der Lehre vom „öffentlich"-rechtlichen Verwaltungsakt vorgetragen. Daß aber das Wesen des „öffentlichen" Rechts mit dem der Verwaltung irgendwie in besonderer Verbindung steht, das zeigt die überaus verbreitete Anschauung: öffentlichrechtliche Verhältnisse fallen in die Kompetenz der Verwaltungsbehörden, privat-rechtliche in jene der Gerichte. Daß dabei auch ein circulus vitiosus unterläuft, wenn man nämlich — wie das so häufig geschieht — ein Verhältnis darum für öffentlich-rechtlich erklärt, weil es in die Kompetenz der Verwaltungsbehörden, für privatrechtlich, weil es in die der Gerichte gehört, sei nur in Parenthese bemerkt. Und auch nur nebenbei, daß diese differentielle Behandlung der Verwaltungsakte gegenüber den Gerichtsakten zwar rechtstheoretisch nicht zu begründen ist, da diese ebenso öffentlich-rechtlicher Natur, weil ebenso einseitig verbindlich sind wie jene; daß sich aber die politische Tendenz enthüllt, sobald man erwägt, daß diese Theorie an den Gerichtsakten schon darum nicht interessiert ist, weil diese durch die Unabhängigkeit der Gerichte dem Einfluß des Chefs der Exekutive, insbesondere also des konstitutionellen Monarchen, von vornherein entzogen sind.

3. Die Theorie des Verwaltungsaktes. Den vollendetsten Ausdruck erhält diese Tendenz, vermittels einer „Theorie" vom öffentlichen Recht die Einheit des positiven Rechts zu sprengen und die Sphäre der Verwaltung, d. h. des Verwaltungs-Rechtes, als einen von der Sphäre der Gesetzgebung, des Gesetzes-Rechtes losgelösten, ihr gegenüber selbständigen, seinem Inhalt nach durch den freien Willen der obersten Verwaltungsbehörden bestimmten Rechtsbereich zu etablieren, in der Lehre, daß der Verwaltungsakt seine Rechtswirkungen nicht — wie das richterliche Urteil oder das Rechtsgeschäft — aus einem übergeordneten Gesetz, sondern aus sich selber hole: Der Verwaltungsakt wirkt aus eigener Kraft und bewährt dadurch seinen öffentlichrechtlichen Charakter. (O. MAYER.)

Daß diese Anschauung rechtstheoretisch gänzlich unmöglich ist, ergibt sich auf den ersten Blick. Wie sollen die Verwaltungsakte als Rechtsakte, als Akte desselben

Rechts oder desselben Staates begriffen werden, dessen Wille das Gesetz ist, im Gesetz sich auf diese Akte bezieht, wenn jeder Rekurs auf dieses Gesetz und über dieses hinaus auf die Verfassung und sohin jede Beziehung auf die Einheit des Systems abgeschnitten wird? Daß aber auch die Theorie von der „eigenen Kraft" des öffentlich-rechtlichen Verwaltungsaktes diesen ebenso als Rechts-Akt wie als Staats-Akt begreifen will, ist selbstverständlich, wenn sie auch die Tendenz hat, mit dem Gegensatz des öffentlichen Rechtes zum privaten jenen des Staates zum Recht — der Staat steht als solcher in der Sphäre des öffentlichen Rechtes, ist das öffentlich-rechtliche Subjekt schlechthin — irgendwie in Verbindung zu bringen. Diese ganze Lehre von der Eigenkraft des Verwaltungsaktes, in der sich die Mehrwerttheorie des öffentlichen Rechts konsequent erfüllt, ist nur aus ihrer politischen Tendenz zu erklären. Auf dem Boden der konstitutionellen Theorie entstanden, ist ihr — bewußter oder unbewußter — Zweck, den Monarchen mit den ihm unterstellten Verwaltungsbehörden aus der Stellung eines den — von der Volksvertretung beschlossenen — Gesetzen unterstellten, diese Gesetze nur vollziehenden Organs in die Stellung eines von der demokratischen Gesetzgebung unabhängigen, autokratischen Rechtserzeugers zu bringen. Und wenn diese Theorie auch im Bereich republikanisch-demokratischer Verfassungen Anklang gefunden hat, so liegt das daran, daß für die Republik, selbst für die sogenannte demokratische Republik, das demokratische Prinzip durchaus nicht für alle Stufen der staatlichen Willensbildung bestimmend sein muß, vor allem aber daran, daß auch in der demokratischen Republik sehr starke Interessen in der Richtung einer Einschränkung des demokratischen Prinzipes wirken. Die Theorie von der Eigenkraft des Verwaltungsaktes ist der Versuch, das auf der Stufe der Gesetzgebung durchgesetzte Prinzip der demokratischen Rechtserzeugung durch das in der Stufe der Vollziehung stehen gebliebene autokratische Prinzip dadurch möglichst zurückzudrängen, daß die Stufe der Vollziehung, die der Gesetzgebung gegenüber begriffsnotwendig die niedere, von ihr bestimmte ist, faktisch als eine von ihr unabhängige, ihr gleichgeordnete behauptet wird. Inwiefern nach dieser Richtung auch das Dogma von der Trennung der Gewalten von Einfluß ist, davon soll in anderem Zusammenhange gesprochen werden (vgl. S. 255 ff.).

E. Die Entstehung des Gegensatzes.

So wird die Lehre vom öffentlichen Recht im allgemeinen und die vom öffentlich-rechtlichen Verwaltungsakt im besonderen die von einer allzu gefälligen Theorie geöffnete Hinterpforte, bei der bestimmte politische Anschauungen und Wünsche im Widerspruch zum positiven Recht Eingang finden. Dies ist eine der bedeutsamsten Funktionen, die der Dualismus von privatem und öffentlichem Rechte heute noch hat. Daß aber diese Unterscheidung von allem Anfang an schon mit dieser Tendenz in die moderne Rechtssystematik eingedrungen ist, das zeigt auch dogmengeschichtliche Untersuchung.

1. Die Rezeption des römischen Rechts. Speziell in die kontinentale Rechtswissenschaft kam die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht mit der Rezeption des römischen Rechts. Sie ist jenen Rechtsgebieten, die von der Rezeption unberührt blieben, weil ursprünglich fremd, noch heute nicht eigentlich geläufig. Nur die Rückwirkung der kontinentalen, vor allem der deutschen und französischen Rechtstheorie auf die englisch-amerikanische hat das höchst fragwürdige systematische Prinzip auch dorthin verpflanzt. Aber schon im römischen Recht ist der Unterschied zwischen jus privatum und jus publicum ein sehr vager. Ursprünglich wohl nur prozeßtechnische Differenzen bezeichnend, nimmt er später etwa jene Bedeutung an, die man auch heute mit ihm verbindet, wenn man Staats-, Verwaltungs-, Straf- und Prozeßrecht als öffentliches Recht den übrigen als Privatrecht gegenüberstellt. Wenn die Rezeption nicht nur das jus privatum,

sondern auch das jus publicum der Römer ergreift, so ist es eben das Staatsrecht des kaiserlichen Rom, dessentwegen der Rezeptionsprozeß von den Landesfürsten gefördert wird. Es ist der autokratische Rechtssatz: „princeps legibus solutus est", der den Prinzeps in seiner Kompetenzsphäre von den leges befreit, ihn selbst zur Rechtsautorität macht, der dem Landesherrn einen um so stärkeren Anreiz bieten mußte, als damals das Recht, die generellen Rechtsnormen, in ihren Territorien Volksrecht war, nämlich volkstümlich, gewohnheitsmäßig, also demokratisch erzeugt wurde.

2. Die ragione di stato. Da ist es von besonderer Bedeutung, daß gerade im Zusammenhange mit dieser Rezeption des römischen jus publicum als des Staatsrechtes der absoluten Monarchie ebenso der Begriff eines vom Privatrecht wesensverschiedenen öffentlichen Rechtes wie überhaupt der Begriff eines vom Recht verschiedenen Staates in die moderne Rechtswissenschaft eingeht. Es ist MACHIAVELLIS „ragione di stato", die berüchtigte „Staatsraison", unter welchem Namen der ganze auf die Interessen des Fürsten und seines Anhangs abgestellte Komplex von politischen Postulaten der Autokratie sich gegen die herkömmliche Rechtsordnung durchsetzt. Das unter dem Namen „Staat" oder „öffentliches Recht" zusammengefaßte Normensystem will gegen die überkommene Rechts- (und Staats-)verfassung dem Herrscher einen weiten Spielraum freien Ermessens auf dem Gebiete der inneren und insbesondere der äußeren Verwaltung erobern. Das ist das machiavellistische Prinzip: daß für die Handlungen des Fürsten nur das augenblickliche Staatsinteresse, richtiger, dasjenige, was der Fürst für das Staatsinteresse hält oder ausgibt, nicht aber das Recht, d.h. aber das Volks-Recht, bestimmend sein solle. So kommt es, daß das Wort „Staat" in der deutschen Rechtssprache ursprünglich eine üble Nebenbedeutung hat und noch im 17. Jahrhundert ein Rechtslehrer versichern zu müssen glaubt, daß er mit dem Worte „Staat" keineswegs das gemeint habe, was darunter öfters begriffen werde und „fast eine Untreue, Schandtat und Leichtfertigkeit zu nennen sein wird, die an etlichen verkehrten Orten mit dem Staat, ratione status oder Staatssachen entschuldigt werden will". Daß „Staat" auf solche Weise vom Standpunkt der durch die Staatsraison gebrochenen Rechtsordnung, vom Standpunkt der demokratischen Rechtsverfassung als Antagonist des Rechts schlechthin empfunden wurde, ist begreiflich. Und so behält der Terminus „Staat" diese seine ursprüngliche rechtsfeindliche Bedeutung noch zu einer Zeit bei, da das ehedem noch metarechtliche, bloß politische Prinzip der Autokratie zum positiven Rechtsgrundsatz, als an Stelle der demokratischen die autokratische Rechtsverfassung getreten war. Nur daß, sobald die autokratische Rechtsverfassung positives Recht geworden, es eine unzulässige, durchaus naturrechtliche Verengung des Rechtsbegriffs bedeutet, als „Recht" im eigentlichen und engeren Sinne nur demokratisch, d. h. unter Beteiligung der Rechtsunterworfenen erzeugtes Recht zu verstehen. So wie es unzulässig ist, nur die autonom begründeten Rechtsverhältnisse als „Rechts"-Verhältnisse im eigentlichen Sinne, den heteronom begründeten als den „Gewalt"- oder „Herrschafts"-Verhältnissen entgegenzustellen, wenn auch die letztere Methode individueller Rechtserzeugung auf generellen Rechtsnormen beruht, durch generelle Rechtsnormen statuiert ist. Sofern in diesem letzteren Gegensatze der zwischen privatem und öffentlichem Recht erblickt wird, muß auch dieser aus einem transsystematischen Gegensatz von Recht und Nichtrecht oder Recht im eigentlichen Sinne und Halb-Recht, Recht niederer Art, zu einem intrasystematischen, d. h. zu einer Unterscheidung von Rechtstatbeständen werden, um überhaupt rechtstheoretisch bestehen zu können.

F. Die Überwindung des Gegensatzes im Begriff des Rechtsstaates.

Der innige Zusammenhang, in dem die Überwindung dieses das einheitliche Rechtssystem zerreißenden Dualismus von privatem und öffentlichem Recht mit

jenem von Recht und Staat überhaupt steht, geht aus dem oben Gesagten hervor. Mit dem ersten Schritt, den die Rechtstheorie zur Aufhebung des Dualismus von Recht und Staat getan hat, hat sie zugleich den Wesensunterschied von privatem und öffentlichem Recht geleugnet. Indem man der Lehre, daß der Staat — als Naturrealität — Voraussetzung des Rechts — als der Norm — sei, die Lehre entgegensetzt, das Recht sei die Voraussetzung des sohin zu einem Rechtswesen gewordenen Staates, eine Anschauung, die in neuerer Zeit immer mehr Anhänger gewinnt, kommt man der hier vertretenen Anschauung von der Identität der Staatsordnung mit der Rechtsordnung außerordentlich nahe. Es ist überaus bezeichnend, daß gerade von seiten jener Theorie, die den Staat nicht als Voraussetzung des Rechts, sondern umgekehrt das Recht als Voraussetzung des Staates gelten lassen will, auch der Wesensunterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht geleugnet wird.

Denn dieser Unterschied ist, sofern damit eine vom Recht freie Sphäre von Staatsakten behauptet wird, die doch irgendwie Rechtsakte sein sollen, unvereinbar mit dem Gedanken des Rechtsstaates. Dabei ist unter „Rechts"-Staat nicht eine Staatsordnung spezifischen Inhalts, nicht also ein Staat mit ganz bestimmten Rechtsinstitutionen, wie demokratische Gesetzgebung, Bindung der exekutiven Akte des Staatsoberhauptes an Gegenzeichnung verantwortlicher Minister, Freiheitsrechte der Untertanen, Unabhängigkeit der Gerichte, Verwaltungsgerichtsbarkeit usw., also ein Rechtsstaat im technischen Sinne zu verstehen, sondern ein Staat, dessen sämtliche Akte auf Grund der Rechtsordnung gesetzt werden. Dieser formale Begriff des Rechtsstaates ist sogar gegenüber dem eben angedeuteten materiellen der primäre. Von einem streng positivistischen, jedes Naturrecht ausschließenden Standpunkt aus muß aber jeder Staat Rechtsstaat in diesem formalen Sinne sein, soferne eben jeder Staat irgendeine Ordnung, eine Zwangsordnung menschlichen Verhaltens und diese Zwangsordnung, wie immer sie erzeugt wird, ob autokratisch oder demokratisch, und welchen Inhalt immer sie haben mag, eine Rechtsordnung sein muß, die sich stufenweise von der hypothetisch vorausgesetzten Grundnorm aus durch generelle Normen zu individuellen Rechtsakten konkretisiert. Das ist der Begriff des Rechtsstaates, der mit dem des Staates ebenso wie dem des Rechtes ident ist. In welchem Maße rechtsinhaltliche Garantien dafür geboten sind, daß die individuellen Rechtsakte tatsächlich den generellen Normen entsprechen, ist freilich eine andere Frage. Sie beantwortet der Begriff des Rechtsstaates im materiellen oder technischen Sinne des Wortes.



Zweites Buch.

Die Geltung der Staatsordnung.

(Statik.)



Viertes Kapitel.

Die Geltung der Rechtsordnung.

(Die Lehre von der Staatsgewalt und ihren Eigenschaften.)

§ 18. Die sogenannten Elemente des Staates.

Wenn man den Staat als Ordnung erkennt, ist alle weitere Frage nach dem Wesen des Staates nur die Frage nach der Wesensform und dem Wesensinhalt einer Ordnung. Diese Einsicht, in deren Verfolg der Staat hier als eine normative Zwangsordnung menschlichen Verhaltens bestimmt wird, ist der üblichen Auffassung vom Staate durchaus nicht ganz fremd. Die Behauptung, daß der Staat eine Ordnung sei, würde wohl von keiner Seite ernstlichen Widerstand finden; auch nicht daß er eine Zwangsordnung menschlichen Verhaltens sei. Nur daß eben dieser beinahe selbstverständliche Ausgangspunkt im Verlaufe der theoretischen Darstellung gewöhnlich verloren geht; und zwar dadurch, daß sich an Stelle der Ordnung das Geordnete, der Gegenstand der Ordnung stellt, sich gleichsam der Ordnung gegenüber verselbständigend. Der Akzent verschiebt sich von dem ideellen Moment der „Ordnung" auf das anschauliche der „Menschen", deren Verhalten den Inhalt der Ordnung bildet. Und diese Tendenz zur sicht- und greifbaren Anschauung, die die naive Vorstellung beherrscht, von der sich aber wissenschaftliches Denken emanzipieren müßte, ist es ja, die von der Beziehung weg auf das Bezogene zustrebt, die sich an Stelle der Relation die in der Relation stehenden Dinge, an Stelle der Funktion die Substanz zum Objekt macht. Der Staat erscheint dann auch nicht mehr als Ordnung menschlichen Verhaltens, nicht als Ordnung von Menschen, sondern als: Menschen, die — irgendwie geordnet — zusammenleben. Allein diese Umstellung des Akzents, die nur eine Bequemlichkeit der Darstellung und eine Erleichterung des Verständnisses, weil die Vermittlung größerer Anschaulichkeit sein möchte, ist doch von höchst bedenklichen Folgen. Denn über ihr geht gerade jene spezifische Beziehung verloren, als die der Staat allein zu begreifen ist: die normative Ordnung; geht jene Form verloren, in Verbindung mit der allein die Inhalte den spezifischen Sinn erhalten, der das Wesen aller Erkenntnis im Bereich einer Staats- und Rechtslehre ausmacht. Von dieser besonderen Beziehung oder Form losgelöst, erscheinen dann die Inhalte — da sie ja beziehungs- oder formlos überhaupt nicht denkbar sind — in jener Form oder Beziehung, die die Form oder Beziehung des naiven Denkens schlechthin ist: in der Form oder Beziehung des natürlichen Seins, die so selbstverständlich ist, daß man sich ihrer gar nicht besonders bewußt wird. Spricht man von Dingen oder Vorgängen schlechthin, so meint man solche, die sind, die im System des kausaldeterminierten Seins stehen, nicht aber solche, die gesollt sind. Indem man den Staat nicht als Ordnung von Menschen, sondern als Menschen bestimmt, die geordnet leben, ist der erste Schritt getan, der das Problem des Staates aus dem Bereich der normativen in die natürlich kausale Sphäre ablenkt. Und so ist es — wie paradox es auch klingen mag — kein wesent-

licher Unterschied, ob man den Staat statt als Ordnung menschlichen Verhaltens als Vielheit von Menschen, als viele Menschen oder — wie die organische Staatslehre — überhaupt als Mensch, d. h. als Übermensch, als Makroanthropos darstellt. Sobald der Staat als Vielheit von Menschen erscheint, die irgendwie näher zu bestimmen sind, muß sich diese nähere Bestimmung auf die — in der Naturrealität gedachten — Menschen beziehen. Was ursprünglich die nähere Determinierung einer Sollordnung ist, stellt sich jetzt als Bestimmung einer Seinswirklichkeit dar. So entsteht die Vorstellung des Staates als einer Vielheit von Menschen auf einem festabgegrenzten Teil der Erdoberfläche, unter einer als Gewalt bezeichneten herrschaftlichen Organisation lebend. In dieser Zusammenstellung stehen die Menschen, das von ihnen bewohnte Stück Erdoberfläche und die sie ordnende Gewalt gleicherweise, nämlich in der Weise des natürlichen Seins, nebeneinander. Der Staat wird so — in der Darstellung der herrschenden Lehre — zu einem irgendwie körperlichen, sohin raumfüllenden Ding, einem konglomeratartig aus drei Bestandteilen zusammengesetzten Wesen. Und die drei Bestandteile sind die sogenannten „Elemente" des Staates: das Staatsgebiet, das Staatsvolk, die Staatsgewalt. Dabei wird der Staat nicht nur als das aus diesen drei Teilen zusammengesetzte Ganze betrachtet, sondern — seltsamerweise — auch mit jedem einzelnen dieser Teile identifiziert. Bald verwendet man die Bezeichnung des Staates ganz in der Bedeutung eines bestimmten Gebietes, in einem geographischen Sinn also, bald versteht man unter „Staat" ausschließlich das Volk, meint also eine personale, keine territoriale Einheit. Bald hat man wieder nur die Staatsgewalt oder gar nur ihre obersten Organe im Auge, wenn man von „Staat" schlechtweg spricht. Der so überaus schwankende Sprachgebrauch bedient sich gerne und häufig dieser pars pro toto. Gerade mit Rücksicht auf die Zusammensetzung aller drei Teile zu einem Ganzen subsumiert man den Staat unter dem Begriff der „Gebietskörperschaft": eine mit einem bestimmten Gebiete verbundene herrschaftlich organisierte Vielheit von Menschen.

Solcher Verschiebung des Problems gegenüber gilt es vor allem festzustellen, worauf eigentlich die Lehre von den sogenannten „Elementen" des Staates ihrem immanenten Sinn nach abzielt, welches die durch die „veranschaulichende" Verdinglichung ihrer Darstellung vielfach verdunkelte Bedeutung ihrer Lehrsätze ist. Kurz, es gilt eine Richtigstellung der unter dieser Bezeichnung vorgetragenen Probleme, indem diese als Rechtsprobleme restituiert, als Probleme aufgezeigt werden, die sich aus dem Grundproblem: der Geltung einer normativen Ordnung, ergeben. Durch diese Reduktion auf Rechtsrelationen, auf die reinen durch Rechtssatz konstituierten Verhältnisse zwischen Tatbeständen einer möglichen Rechtsordnung wird die Fragestellung und Fragebeantwortung von allen Elementen losgelöst, die sich aus dem Bereich der Natur, d. i. der natürlichen Bedingungen der Staats- und Rechtsideologie, in die Darstellung ihrer eigengesetzlichen Sachgehalte einschleicht. Ebenso aber fallen auch alle ethisch-politischen Postulate ab, die man mit Hilfe der veranschaulichenden Verdinglichung zu erschleichen sucht.

§ 19. Die Staatsgewalt.

A. Die Staatsgewalt als Geltung der Rechtsordnung.

Unter den drei „Elementen" des Staates nimmt die Staats-„Gewalt" eine ganz besondere Stellung ein. Sie bildet in der traditionellen Darstellung gleichsam den Wesenskern des Staates, von dem man immer wieder mit größtem Nachdrucke behaupten zu müssen glaubt, daß er „Gewalt" hat oder schlechthin „Gewalt" ist. Gerade durch die Betonung der Gewalt- oder Macht-Natur des Staates wird dieser in jenen problematischen Gegensatz zum Recht gedrängt, der die ganze moderne Staatslehre beherrscht. Dabei muß die als Grundelement

des Staates auftretende Gewalt im Sinne faktischer, d. h. naturhaft-realer Macht, muß sie als eine Art kausal wirkender Kraft aufgefaßt werden. Nur die Seinstatsache, daß Menschen andere Menschen unterwerfen, zu einem bestimmten Verhalten zwingen, könnte damit zum Ausdruck kommen. Allein vom Standpunkt dieser Betrachtung aus kann man niemals eine menschliche Handlung — und solcher Betrachtung bleiben nur einzelmenschliche Handlungen gegeben — als „Staats"-Akt, kann man niemals eine irgendwie sich manifestierende Gewalt als „Staats"-Gewalt begreifen. Jene spezifische Beziehung auf die Einheit eines Verbandes, die Zurechnung zum „Staate" ist nur auf Grund einer normativen Ordnung möglich, durch die einzelmenschliche Akte erst aus der unbegrenzten Fülle menschlichen Verhaltens herausgehoben, spezifisch normativ qualifiziert und zu jener Einheit verbunden werden, die man als „Staat" bezeichnet. Weil diese Ordnung nur die Rechtsordnung sein kann, der als Staatsakt normmäßig qualifizierte Akt ein Rechtsakt ist, muß die Staatsgewalt Rechts-Gewalt, d. h. die spezifische Gewalt des Rechtes, das ist: seine Geltung sein. Bevor überhaupt die Frage sein kann, worin gemäß staatlicher Ordnung — und nicht im Bereich tatsächlichen Geschehens — die Unterwerfung eines Menschen unter den anderen besteht, muß festgestellt werden, daß alle den Staat „bildenden", zum Staat gehörigen Menschen der staatlichen Ordnung „unterworfen" sind. Wenn die traditionelle Theorie die wesentliche Funktion der Staatsgewalt darin erblickt, daß sie die zum Staat gehörigen Menschen — das Staatsvolk — dem Staat unterwirft, so daß der Staat über diese Menschen „herrscht", so ist damit offenbar die Funktion der Rechtsordnung gemeint, die sich die Menschen dadurch unterwirft, daß sie ihr Verhalten pflichtmäßig bindet und dadurch verbindet. Es ist die Funktion der staatlichen Ordnung, kraft der sie in erster Linie für die Menschen gilt.

B. Die Staatsgewalt als natürliche Kraft.

Wenn auch die heutige Staatslehre die Staatsgewalt als eine irgendwie natürliche Kraft behauptet, so kann man deutlich beobachten, wie — kraft immanenter Tendenz — das hier aufgegebene Problem schrittweise von diesem Ausgangspunkt kausaltheoretischer Betrachtung ab, einer normativen Rechtserkenntnis zugedrängt wird. Das verrät schon die Terminologie. Sie bezeichnet die Gewalt des Staates als den „Willen" des Staates. Und „Wille" ist im Bereich der Staats- und Rechtstheorie der typische, ins Psychologische gewendete Ausdruck für Norm. Wird vom Staat oder sonst einer juristischen Person ein „Wollen" ausgesagt, wird damit stets nur, wenn auch der Darstellung nicht immer bewußt, ein Sollen gemeint. Wenn behauptet wird, daß „Gewalt" angeblich nur Verbände haben, die eine von den sie bildenden Menschen verschiedene Einheit darstellen, so zeigt sich deutlich, daß der Gewalt-Begriff nur die hypostasierte Personifikation einer gültigen Ordnung ist. Das geht auch daraus hervor, daß man die Staatsgewalt, die ursprünglich als ein von naturkausaler Beobachtung feststellbares Seinsfaktum angenommen wird, schließlich doch als eine irgendwie rechtlich qualifizierte Gewalt behauptet. Allein, mit der rechtlich geordneten Gewalt tritt an Stelle der nackten Gewalt die rechtliche Ordnung; und deren Objekt ist eben, als Inhalt des Rechts, nicht mehr Gewalt im ursprünglichen Sinn, sondern das, was man mit „Gewalt" bezeichnet, bildet, in unlöslicher Verbindung mit seiner Form, Recht. Dessen Sollgeltung ist es, was als Staatsgewalt auftritt. Daher denn auch die Staatsgewalt den eigentlichsten Gegenstand der Staatsrechtslehre bildet; was jedoch nur darum möglich ist, weil die sogenannte Staats-Gewalt — da Gegenstand einer Rechtslehre nur Recht sein kann — Staats-Recht ist. Eine Worthülse hat ihren Gehalt wesentlich geändert.

Dabei wird der unvermeidliche Standpunktwechsel der Theorie gerne als historische Entwicklung dargestellt. Die Staatsgewalt als der das Gemeinwesen

leitende Wille habe in den Anfängen der sozialen Entwicklung in primitiven Verhältnissen den Charakter einer rein faktischen Gewalt. Er wirke nur durch Einzelbefehle. Später trete dann — in der Form fester genereller Normen, aufgestellt vom Staate selbst — eine Rechtsordnung hinzu, die sich die Staatsgewalt unterwirft, sie rechtlich ordnet. (Jellinek.) Die Primitivität dieser Theorie des primitiven Staates enthüllt sich, sobald man fragt, warum denn Einzelbefehle, die die einen Menschen erteilen und die anderen befolgen, als Ausfluß eines leitenden Willens und diese Menschen in ihrer Verbindung als Gemeinwesen gedeutet werden? Worin denn dieser leitende Wille des Gemeinwesens besteht, wo er existiert, da es doch — voraussetzungsgemäß — nur Naturfakten und sohin nur Einzelbefehle gibt? In der Behauptung des leitenden Willens eines Gemeinwesens steckt nämlich schon die Voraussetzung einer Rechtsordnung, die bestimmt, daß gewisse Menschen anderen zu befehlen und diese — bei sonstiger Zwangsfolge — zu gehorchen haben. Das ist ja das unvermeidliche — hier allerdings nur stillschweigend vorausgesetzte — Schema, ohne das die Einzelbefehle nicht als Gemeinschaftsakte, als Staatsakte, als Auswirkungen eines einheitlichen Gemeinschaftswillens, und die Vielheit von befehlenden und gehorchenden Menschen nicht als Gemeinschaft, als Staat gedeutet werden könnte. Wenn der Einzelbefehl nicht als individuelle Norm aufgefaßt würde, müßte er — richtiger seine Äußerung, das Sprechen, Deuten, Drohen des Befehlenden — als Ursache für das Verhalten des Gehorchenden unter den unzähligen anderen Ursachen seines Verhaltens verschwinden. Ist aber nach den Ursachen einzelmenschlichen Verhaltens gefragt? Soll der Einzelbefehl aber — was offenbar die Meinung ist — als individuelle Norm aufgefaßt werden, dann muß seine Geltung, seine Sollgeltung auf eine generelle Ordnung zurückgeführt werden. Das geschieht ja auch: Denn es wird ein „leitender Wille“ vorausgesetzt. Und dieser stellt nicht etwa nachträglich eine generelle Rechtsordnung auf, sondern er ist diese Rechtsordnung, die sich nur allmählich aus einigen wenigen generellen Normen zu einem immer komplizierteren System differenziert. Die Metamorphose der Staatsgewalt aus einer faktischen zu einer rechtlichen ist nicht ein von der Staatstheorie festgestellter oder auch nur feststellbarer Geschichtswandel, sondern ein — innerhalb dieser Theorie selbst sich vollziehender, selbsttäuschend nach außen projizierter — Begriffswandel! (Vgl. S. 78.)

Wie schon aus früher Gesagtem ersichtlich, darf über der Sollgeltung der staatlichen Ordnung durchaus nicht die Wirksamkeit der diesen Sachgehalt tragenden psychischen Akte übersehen werden. Auch diese Bedeutung nimmt der sehr wandlungsfähige Terminus der Staatsgewalt an. Nur daß er auch in dieser Bedeutung in keinem Gegensatz zum Recht stehen kann, da es ja nur die Wirksamkeit von Rechtsnorm-Vorstellungen, also die Rechtsgewalt oder Rechtsmacht ist, die gemeint ist. (Vgl. S. 16ff.)

C. Die Staatsgewalt als Herrschaft.

Wenn der Staat wesentlich als Menschen sich unterwerfende Gewalt und in diesem Sinne als Herrschaft charakterisiert wird, so mag damit nicht nur die — die Menschen — normativ verpflichtende Geltung der staatlichen Ordnung oder die — die Menschen — psychisch bindende, weil motivierende Wirkung der Ordnungsvorstellung, sondern ein spezifischer Inhalt der staatlichen Ordnung nach Ausdruck streben. Es ist eine Eigentümlichkeit der Rechtsordnung, daß sie ihre eigene Erzeugung reguliert, d. h. daß sie Normen enthält, die die Satzung von Normen betreffen. Diese Tatsache, daß das Recht seine eigene Erzeugung — allerdings nicht das Erzeugte: die Normsetzung, nicht aber die Norm kann normiert, die Formgebung, nicht aber die Form kann geformt werden — zum Gegenstand haben kann, ist vielleicht der theoretisch richtige Kern in der Theorie von der sogen. Selbstverpflichtung des Staates. (Vgl. S. 74ff.) Wie in der Lehre von den Erzeugungs-

stufen der staatlichen Ordnung noch näher zu zeigen sein wird (vgl. S. 229ff.), ist die Einheit der Rechtsordnung im wesentlichen die Einheit eines Erzeugungszusammenhanges. Die das System der Rechtsordnung begründende Grund- oder Ursprungsnorm hat zu ihrem typischen Inhalt, daß eine Autorität, eine Rechtsquelle eingesetzt wird, deren Äußerungen als rechtsverbindlich zu gelten haben: Verhaltet euch so wie die Rechtsautorität: der Monarch, die Volksversammlung, das Parlament etc. befiehlt, so lautet — der Deutlichkeit halber vereinfacht — die Grundnorm. Aber auch die Normen jeder tieferen Geltungsstufe enthalten Einsetzungen niederer Rechtsautoritäten, Ermächtigungen zur Setzung von Normen niedrigerer Stufe. So delegiert der Monarch lokale Statthalter, das Zentralparlament lokale Vertretungskörper und diese wieder Richter, Verwaltungsbeamte usw. Recht ist — als positives Recht — wesentlich gesetzte Norm. Das gilt auch vom sogen. Gewohnheitsrecht, das durch die Übung der Rechtsgenossen, der Rechtsunterworfenen erzeugt wird, zumindest in dem Sinn, daß auch dieses, um sich zu den individuellen Rechtsnormen des Rechtsgeschäfts, Urteils usw. zu konkretisieren, rechtsetzende Autoritäten delegieren muß. Der Gegensatz von Befehlenden, d. i.: die Rechtsnormen Setzenden, und zu Gehorsam, das heißt: zur Vollziehung der Normen Verpflichteten, den gesetzten Normen Unterworfenen, ist daher charakteristischer Inhalt der Rechtsordnung; auch wenn die Normunterworfenen selbst es sind, die die Normen setzen, ihren Inhalt bestimmen. Die Staatsordnung ist also auch in diesem Sinne Herrschaftsordnung, Gewaltordnung. Wenn man — wie dies in der traditionellen Lehre von der Staatsgewalt geschieht — den Staat als Herrschafts- oder Gewaltverhältnis darstellt, und dabei nur die rein faktischen Beziehungen zwischen herrschenden und beherrschten Menschen, d. h. zwischen solchen, bei denen die Äußerung des einen zum Motiv für das Verhalten der anderen wird, erfaßt, von jeder rechtlichen Qualifikation wenigstens von vornherein abstrahieren zu können glaubt, so sucht man sich der Herrschaftsrelation, die den Gehalt einer Sollordnung bildet, losgelöst von dieser ihrer spezifischen Form zu bemächtigen. Bei dieser aus den vorerwähnten Gründen niemals zur spezifischen Einheit des Staates führenden Betrachtung geht aber die entscheidende Einsicht verloren, daß der Akt, in dem die Gewalt oder Herrschaft sich äußert, nicht in seiner Gesprochenheit, Geschriebenheit oder sonstigen Äußerlichkeit, sondern daß der spezifische Sinn des Sachgehalts dieser Äußerung das den andern Unterwerfende ist, daß diese Äußerung der Gewalt nur als Norm die Funktion der Unterwerfung, Herrschaft hat, daß eine Herrschaftsrelation nur in der Norm der Sollordnung denkbar ist; weil man sonst — wie schon in anderem Zusammenhange angedeutet wurde (vgl. S. 10) — mit demselben Rechte sagen könnte, daß die Wärme über die Körper „herrscht", weil sie Ursache für ein bestimmtes Verhalten derselben sei. Denn abstrahiert man von der Soll-Form, denkt man den abstrahierten Inhalt keineswegs formlos — das ist ja unmöglich —, sondern in der gewöhnlichen, geläufigsten und darum nicht mehr besonders ins Bewußtsein fallenden Form des Seins, d. i. im kausalgesetzlichen System der Natur. Und so zeigt sich, daß der Sinn der Staatsgewalt oder Staatsherrschaft nicht der ist, daß ein Mensch anderen Menschen, sondern daß Menschen Normen unterworfen sind, wenn es auch Menschen sind, die — dabei selbst wieder Normen unterworfen — diese Normen setzen. Und so zeigt sich erst die ganze Bedeutung der Erkenntnis, daß der Staat eine Rechtsordnung, ein System von Rechtsnormen ist, und daß der Gewalt des Staates unterworfen sein nichts anderes heißt als: durch eine Rechtsordnung verpflichtet sein.

D. Die Staatsgewalt als Zwang.

Schließlich hat die Gewalt des Staates die Bedeutung von „Zwangs"-Gewalt. Und dies in einem doppelten Sinne. Einmal daß die Normen der staatlichen Ord-

nung Zwang anordnende Normen, d. h. Rechtsnormen sind. Wie der Mensch, richtiger das menschliche Verhalten, sofern es in Verbindung mit dem Staate steht, wie überhaupt alle Tatbestände, die staats- oder rechtstheoretischer Erkenntnis gegeben sind, so kommt auch der Zwang nur als Inhalt der Norm, nicht in seiner Faktizität in Betracht. Dann aber ist die staatliche Ordnung eine „Zwangs"-Ordnung, weil sie für die Menschen, die den Staat „bilden", — wie man sich ausdrückt — in objektiver Geltung steht. Das heißt: Sie gilt für sie unabhängig von ihrem Wünschen und Wollen, also eventuell auch gegen dieses. Diese Objektivität der Geltung der Rechtsnormen für die Normunterworfenen kann in keiner Weise dadurch berührt werden, daß die Normunterworfenen selbst an der Setzung der Normen beteiligt sind. Das ist übrigens nichts Spezifisches, trifft für alle Normen zu, da Geltung und objektive Geltung eines sind. Davon Näheres in anderem Zusammenhange. (Vgl. S. 14, 30.) Da die Menschen — ob sie nun wollen oder nicht — der staatlichen Ordnung unterworfen sind, die selbst bestimmt, für wen sie gilt, so wie sie selbst bestimmt, wo und wann sie gilt, sagt man — die Objektivität der Geltung wie gewöhnlich ins Psychologische hypostasierend — sie sind „gezwungen", dem Staate anzugehören, sie gehören ihm zwangsweise an, der Staat hält sie mit starker Hand in seinem Verbande fest. Durch diese — die Objektivität der Rechtsgeltung veranschaulichende — Hypostasierung wird aber die Gefahr erzeugt, die ausnahmslose Objektivität der Geltung mit einer absoluten Wirksamkeit, der Unmöglichkeit, sich der Wirkung der staatlichen Ordnung zu entziehen, zu verwechseln. Tatsächlich unterläuft bei der Darstellung der herrschenden Lehre dieser Irrtum, indem die Staatsgewalt mißverständlich als „unwiderstehliche" Gewalt behauptet wird, der man sich faktisch nicht oder doch fast nicht entziehen könne. Und diesem Irrtum gesellt sich der mit ihm verwandte, daß die formale Objektivität der Geltung mit der Wesensnotwendigkeit bestimmter Rechtsinhalte verwechselt wird, und so Behauptungen über den Inhalt der staatlichen Ordnung aufgestellt werden, die mit der möglichen und wirklichen Gestaltung des positiven Rechts in Widerspruch stehen.

E. Die Staatsgewalt als „unwiderstehliche" Gewalt.

Man glaubt nämlich den Staat von anderen Verbänden dadurch wesentlich unterscheiden zu können, daß man die Staatsgewalt als herrschende Gewalt charakterisiert, während die Gewalt, d. i. der leitende Wille anderer Verbände nicht als „herrschende" Gewalt angesehen wird. Der Unterschied soll sich darin äußern, daß man sich einem nicht mit Herrschergewalt ausgerüsteten Verband jederzeit entziehen könne, während der Herrschergewalt des Staates — die ihrem Wesen nach unwiderstehlich sei — niemand entfliehen könne, es sei denn, daß er sich in eine Wüste oder in die Nähe der Pole flüchte. (Jellinek.) Sofern damit die Möglichkeit gemeint ist, sich der Wirksamkeit der Ordnung zu entziehen, besteht zwischen jener des Staates und der irgend eines Vereins, wo man freiwillig beitreten wie austreten kann, kein wesentlicher Unterschied. Pflichten gegen den Staat wie gegen den Verein können faktisch verletzt werden, gegen den Staat insbesondere ohne daß der vorgeschriebene Zwangsakt tatsächlich erfolgt. Überall werden die Diebe bekanntlich nur gehängt, wenn man sie fängt. Und müssen weder in eine Wüste noch in die Nähe der Pole fliehen, um sich der Wirksamkeit der staatlichen Rechtsordnung oder einzelner Rechtsnormen zu entziehen. In diesem Sinne kann von einer Unwiderstehlichkeit der Staatsgewalt wohl nicht gesprochen werden. Tut man es dennoch, spricht die Theorie dem Staat so eine Art Allmacht zu, so behauptet sie zwar etwas Falsches. Aber glaubt man ihr diese Behauptung, so erhöht das zweifellos die Wirksamkeit der Staatsideologie; die Macht des Staates wird dadurch vermehrt; und dies — zwar keine theoretische aber eine praktisch-politische Funktion — hat die Staatsrechtslehre seit jeher für ihre vornehmste

Aufgabe gehalten, so wie es ja die Aufgabe der Theologie ist, nicht so sehr Gott zu erkennen, als vielmehr seine Macht zu vermehren. — Noch weniger als hinsichtlich faktischer Wirksamkeit besteht bezüglich rechtlicher Geltung ein Wesensunterschied zwischen der sogen. Herrschergewalt des Staates und der nicht herrschenden Vereinsgewalt. Weder der Pflicht gegen diese noch der Pflicht gegen jene kann man sich rechtlich durch Flucht irgendwie entziehen. Hier kann nur die Frage sein, wann eine einmal begründete Pflicht erlischt. Es ist, ganz allgemein gefaßt, das Problem: unter welchen Bedingungen die Geltung der Gesamt-Rechtsordnung, einer Teil-Rechtsordnung oder einzelner genereller oder individueller Normen für den Menschen beginnt und endet. Dies fällt keineswegs zusammen mit dem, was man Eintritt in einen Verband und Austritt aus ihm nennt. Das sind Tatbestände, durch welche nur die Möglichkeit geschaffen, bzw. beseitigt wird, spezifische Pflichten zu begründen. Auch nach dem sogen. Austritt aus einem Verein hat man die noch nicht erfüllten, aber vor Austritt begründeten Pflichten zu erfüllen. Eintritt und Austritt dem Staate gegenüber bedeuten überhaupt nur Erwerb und Verlust der Staatsbürgerschaft als der Voraussetzung für ganz spezifische Pflichten und Rechte. Die Bedingungen für den Erwerb und Verlust der Staatsbürgerschaft setzt die staatliche Rechtsordnung ebenso fest, wie die Vereinsordnung die Bedingungen für den Ein- und Austritt bestimmt. Völlig irrig ist aber die Behauptung einer rechtsinhaltlichen Wesensdifferenz zwischen Staat und Verein, Herrschaftsverband und nicht herrschendem Verband, derart, daß Eintritt und Austritt wohl gegenüber dem Verein, nicht aber gegenüber dem Staat durch einseitigen Akt der Normunterworfenen erfolgen könne. Aus dem Wesen des Staates, speziell aus seiner Unwiderstehlichkeit folgt in keiner Weise, daß der Erwerb der Staatsbürgerschaft oder ihr Verlust nicht durch einseitige Willenserklärung der Partei begründet werden könne. Einen solchen Tatbestand in die Rechtsordnung aufzunehmen, mag politisch nicht zweckmäßig sein, rechtlich unmöglich ist er keineswegs. Tatsächlich gibt es — wenn auch ausnahmsweise — positiv rechtliche Normen dieses Inhalts. Auch steht es offenbar zu der tatsächlichen Gestaltung des positiven Rechts in Widerspruch, wenn die Theorie behauptet, daß ein Austritt aus dem Staate nur bedingt möglich sei, nämlich nur um sich einem anderen zu unterwerfen. Es ist durchaus möglich, die Staatsbürgerschaft des einen Staates zu verlieren, ohne die eines anderen zu gewinnen. (Vgl. die folgenden Ausführungen S. 159 f.) Das bedeutet freilich nicht, daß man dadurch der Geltung staatlicher Rechtsordnung überhaupt entzogen sei. Die entscheidende Frage müßte somit lauten: Gibt es eine Rechtsordnung, die möglicherweise überall und immer gilt, zum Unterschied von solchen, die nur räumlich und zeitlich beschränkt gelten?

F. Die Staatsgewalt als „eigene“ Zwangsgewalt.

Dies führt zu jenem Unterschied, der für die Theorie von den herrschenden und nicht herrschenden Verbänden eigentlich bestimmend ist, ohne daß dies den Vertretern dieser Theorie immer bewußt wird: dem Unterschied zwischen einer Ordnung, deren räumlicher und zeitlicher Geltungsbereich von einer höheren Ordnung beschränkt wird oder werden kann, weil die Bedingungen ihrer Geltung, ja ihr Inhalt überhaupt, von der höheren Ordnung bestimmt werden; und einer höchsten Ordnung, bei der dies nicht der Fall ist, und die eben darum und in diesem Sinne „unwiderstehlich“, allmächtig ist, weil sie jeden beliebigen Inhalt aufnehmen kann, hinsichtlich der Möglichkeit ihrer Inhaltsbestimmung unbeschränkt ist. Und das ist auch das Moment, das offenbar für die Differenzierung zwischen herrschenden und nicht herrschenden Verbänden bestimmend ist, wenn als charakteristisches Merkmal jener zum Unterschied von diesen hervorgehoben wird, daß sie nicht nur, wie diese, Vorschriften für die Verbandsmitglieder erlassen können, sondern auch die Befolgung ihrer Befehle aus eigener Macht, mit eigenen Mitteln zu erzwingen

imstande sind. (JELLINEK.) Aus der Personifikation herausgeschält, bedeutet das: Es gibt Verbände, die innerhalb bestimmter Grenzen ermächtigt sind, pflichtbegründende Tatbestände zu normieren; diese Ermächtigung oder Delegation geht von einer höheren Ordnung aus. Diese behält sich jedoch selbst die unmittelbare Bestimmung der für den Fall der Pflichtverletzung eintretenden Zwangsfolgen und zwangsrealisierenden Organe vor. Der Verein, sagt man, ist es, der sich seine die Pflichten und Rechte der Vereinsmitglieder statuierende Ordnung gibt. Diese Ordnung ist seine „eigene", diese Ordnung gibt er sich „selbst", denn die Menschen, die den Verein bilden, sind es, die die Vereinsordnung — allerdings nur auf Grund der staatsgesetzlichen Vereinsvorschriften — beschließen und die Vereinsorgane wählen. Aber der Staat ist es, der die Vereinspflichten der Mitglieder „erzwingt", d. h.: Staatsorgane, also dem Verein „fremde", nicht „eigene" Organe des Vereins, weil nicht von seinen Mitgliedern, bzw. seiner „eigenen" Ordnung berufene Organe — setzen den — seinem Inhalt nach nicht durch die Vereinsordnung, sondern unmittelbar durch Staatsgesetz bestimmten — Zwangsakt. Indes sind auch die sogen. „eigenen" Organe, bzw. „eigenen" Normen des Vereins nur von einer höheren Ordnung, der Staatsordnung, delegiert, und daher nur sehr relativ „eigene" des Vereins. Und selbst wenn die Staatsordnung auch die Feststellung des Zwangsakts und die Bestimmung der den Zwang realisierenden Organe der Teilordnung des Vereines delegieren würde, wäre die „eigene" Macht des Vereines letztlich fremde Macht, von der höheren Ordnung verliehene Macht, unmittelbar also auch nur Staatsmacht. Derartiger Problemstellung gegenüber betrifft die Unterscheidung der Verbände in solche, die den Eintritt und Austritt ihrer Mitglieder ganz oder nur teilweise selbständig regeln können, ein untergeordnetes Detail. Das entscheidende Problem ist das Verhältnis zwischen höherer und niederer Ordnung, ist das Problem einer höchsten Instanz, ist das Problem der Souveränität.

§ 20. Die Souveränität.

A. Souveränität als natürliche Eigenschaft oder Voraussetzung normativer Erkenntnis.

Souveränität wird von der modernen Staatslehre als eine Eigenschaft der Staatsgewalt und sohin mittelbar des Staates dargestellt, sofern man den Staat mit seiner Gewalt identifiziert. Darin, daß Souveränität als Eigenschaft des Staates und nicht, wie früher, als Eigenschaft irgendwelcher Staatsorgane — des Fürsten, des Volkes — erkannt wird, erblickt die moderne Staatstheorie — und das mit Recht — einen ihrer größten Fortschritte. Daß die Staatsgewalt souverän sei, soll bedeuten, daß sie höchste Gewalt ist, sohin über sich keine höhere Gewalt, und sofern man die Gewalt als „Wille" erkennt, keinen höheren Willen über sich hat. Wenn man die Staatsgewalt als natürliches Faktum, als eine physisch-psychische Kraft etwa, auffaßt, dann zeigt gerade die Eigenschaft der Souveränität, die man ihr zuerkennt, daß diese Auffassung unhaltbar ist. Denn im Bereich des natürlichen, nach Ursache und Wirkung bestimmten Geschehens wäre eine höchste, oberste Kraft so viel wie eine prima causa, eine erste Ursache, die alles andere bewirkt, also stärkste Kraft wäre, selbst aber keine Ursache hätte, durch die sie bewirkt, kausal bestimmt würde. Eine unvollziehbare Vorstellung! Nur wenn man die Staatsgewalt normativ als Geltung einer Sollordnung, der staatlichen Rechtsordnung, begreift, läßt sich von ihr, richtiger vom Staate, Souveränität sinnvoll aussagen. Daß die Staatsgewalt souverän sei, bedeutet dann: daß der Staat höchste Ordnung ist, der keine höhere Ordnung über sich hat, sofern die Geltung der staatlichen Rechtsordnung aus keiner höheren Norm abgeleitet ist. Ist der Staat aber als Rechtsordnung souverän, dann erledigt sich der Streit, ob Souveränität eine Eigenschaft des Staates oder des Rechtes sei. Souveränität ist Eigenschaft des

Rechtes, weil Eigenschaft des Staates. Und das Problem der Souveränität erweist sich ebenso sehr als ein Kardinal-Problem der Staats- wie der Rechtstheorie, wenn diese auch in ihrer traditionellen Isolierung gegenüber der Staatstheorie sich dieses Problems nicht eigentlich bewußt wurde; obgleich es sich bis in die letzten Verästelungen der üblicherweise von der Rechts- und nicht von der Staatslehre behandelten Fragen auswirkt.

Daß der Staat die absolut stärkste Kraft habe oder sei, ist schlechterdings sinnlos. Daß er höchste Sollordnung sei, das kann behauptet werden, wenn dem auch widersprochen werden kann. Nichtsdestoweniger wird die Frage nach der Souveränität des Staates meist in dem Sinn gestellt, als ob es sich darum handelte, durch empirische Untersuchung naturhaft realer Tatsachen die Eigenschaft eines sicht- und greifbaren oder doch im Sinne psychischer Realität erfahrbaren Gegenstandes festzustellen. Man glaubt auf Grund solcher naturwissenschaftlicher oder doch Naturwissenschaft gleicher Betrachtung die verschiedenen sozialen Körper, je nachdem ob sie das beobachtete Merkmal aufweisen oder nicht, in souveräne und nicht souveräne Verbände klassifizieren zu können. Insbesondere glaubt man die Frage, ob der Staat im konkreten Falle souverän sei oder nicht, durch eine solche Untersuchung beantworten zu können. Indes handelt es sich bei dieser Frage nicht nur — wie bereits dargelegt — nicht um Erkenntnis im Bereich natürlicher Wirklichkeit, sondern sozialen Wertes; es handelt sich insbesondere auch nicht um die Feststellung einer — natürlichen oder sozialen — Tatsache; sondern — wie noch näher zu zeigen ist — um eine Hypothese. Der Streit um die Souveränität des Staates ist ein Streit um Voraussetzungen der staatstheoretischen, der juristischen Betrachtung; wenn er auch so geführt wird, als ob es sich dabei um einen Streit um die Existenz von Fakten handle. Problem ist: nicht ob ein bestimmter Tatbestand gegeben ist, sondern wie dieser Tatbestand zu deuten ist. Und da ergeben sich eben verschiedene Deutungsmöglichkeiten, je nachdem ob man den Staat als höchste Ordnung, d. h. als souverän voraussetzt oder nicht; letzteren Falls dann eine höhere Ordnung über ihm, nämlich das Völkerrecht, als höchste Ordnung annimmt. Nicht darauf also kommt es an, ob der Staat im allgemeinen oder ob ein besonderer Staat souverän ist, sondern ob die Erkenntnis des Staates sich eines solchen Deutungsschemas bedient, bedienen muß oder kann, das die einzelstaatliche Rechtsordnung als souverän gelten läßt; oder ob sie nur die Völkerrechtsordnung als souverän voraussetzt.

B. Souveränität als Ausschließlichkeit der Geltung eines Normensystems.

Mit der Eigenschaft der Souveränität wird dem Staate in der herrschenden Lehre einerseits eine absolute Qualität, absolutes Zuhöchst-Sein zuerkannt, der Staat als absolut höchste Ordnung, absolut höchste Gemeinschaft anerkannt; andererseits sucht man aber wieder diese Tendenz, in der Souveränität den Staat zu verabsolutieren, abzuschwächen. Die Konsequenz der Annahme, daß der Staat souverän sei, ist vor allem, daß eine jede Rechtfertigung der einzelstaatlichen Rechtsordnung durch eine andere Norm, d. h. durch die Norm eines anderen Normsystems, oder durch ein anderes Normsystem abgelehnt werden muß. Das gilt insbesondere für die Normen der Moral, für das System oder die Systeme der ethisch-politischen Normen. Sofern positiv-rechtliche Normen gegeben sind — und unter welchen Bedingungen sie als „gegeben" anzunehmen sind, ist eine andere Frage — ist ihr irgendwie als Einheit begründetes System: die staatliche Rechtsordnung, in ihrer Geltung nicht weiter begründbar. Daß der Staat souverän sei, bedeutet: daß man voraussetzungsgemäß die Frage nach einem außerhalb dieses Systems liegenden Geltungsgrunde nicht stellen dürfe. Und sofern das Prinzip der Positivität des Rechts in seiner negativen Bedeutung sich gegen das naturrechtliche Prin-

zip richtet, die Rechtsordnung als gerecht, d. h. als irgendeiner außerhalb des positiven Rechts, in der Vernunft, der Natur, in Gott usw. gelegenen Norm entsprechend nachzuweisen oder solche Entsprechung als zum Wesen des Rechts gehörig zu fordern, meint die Positivität des Rechtes und die Souveränität des Staates dasselbe Problem. Allerdings kann diese Ausschließung jeder anderen Norm erst unter der Voraussetzung gelten, daß das System der positiven Rechtsordnung eindeutig bestimmt, als die Sphäre positiven Rechts gewonnen ist. Daß dies nur mit Hilfe einer Hypothese geschehen kann, die — dem normativen Erkenntnisbereich entsprechend — eine hypothetische Norm ist, die nicht eigentlich innerhalb des Systems der positiven Rechtssätze steht, sondern dieses allererst begründet, nicht gesatzte, sondern vorausgesetzte, lediglich die Einheit der gesatzten Normen konstituierende Norm ist, kann der Positivität des Systems keinen Abbruch tun. Es ist die Grund- oder Ursprungsnorm, die — als Hypothese — von der Rechtserkenntnis eingeführt werden muß, um das als Recht zu begreifende Material, um die als Rechtsakte zu deutenden Tatbestände überhaupt als Elemente eines und desselben Systems „Recht" zu erfassen. Dabei wird diese Hypothesis ebenso nach dem von ihr zu erfassenden Material, wie das Material nach der Hypothesis bestimmt. Es ist ein Verhältnis der Korrelation, so wie zwischen Tatsache und Hypothese im Reich der naturwissenschaftlichen Erkenntnis auch. Fragt man, warum irgendein konkreter Tatbestand, eine menschliche Handlung, etwa ein Befehl oder ein Vertrag oder ein Zwangsakt, Rechtsakt, warum er Akt einer bestimmten Rechtsordnung, der Rechtsordnung eines bestimmten Staates sei, d. h. als Akt dieser Rechtsordnung gedeutet werden muß, so ist diese Frage nur dadurch zu beantworten, daß man diesen individuellen Tatbestand auf eine generelle Norm zurückführt, als deren Konkretisierung er sich darstellt, und diese Norm als einen Rechtssatz des fraglichen Systems erkennt. Fragt man weiter, warum diese generelle Norm ein Rechtssatz, und warum sie gerade Rechtssatz des bestimmten Staates sei, so führt diese Frage — über mehr oder weniger Zwischenstufen — dazu, daß diese Norm — das Gesetz im technischen Sinn — von einer ganz bestimmten Autorität, einem bestimmt qualifizierten Monarchen oder von einem bestimmt qualifizierten Parlament gesetzt wurde. Fragt man dann, warum gerade dieser Tatbestand den Rechtscharakter, d. h. die Zugehörigkeit jedes darauf zurückführbaren anderen Tatbestandes zu der Rechtsordnung des bestimmten Staates begründe, so ergibt sich als Voraussetzung dieser ganzen Argumentation eine Grundnorm, die diesen letzten Tatbestand als Grund-Tatbestand qualifiziert, oder m. a. W.: diesen Monarchen, diese Volksversammlung, dieses Parlament etc. als letzte rechterzeugende Autorität einsetzt. Über diese Grundnorm, über diesen Ursprungsrechtssatz kann — voraussetzungsgemäß — nicht weiter hinaus gefragt werden. Gerade in dieser Voraussetzung liegt dasjenige, was man Souveränität der durch die Grundnorm konstituierten staatlichen Rechtsordnung nennt. Damit wird nicht gesagt, daß es nicht auch andere Normen „gäbe". Nur das: daß sie vom Standpunkt einer auf die Geltung der staatlichen Rechtsordnung gerichteten Betrachtung nicht als gültig, und in diesem spezifischen Sinn allerdings nicht als existent angesehen werden können. Faßt man die nicht zum System der staatlichen Rechtsordnung gehörigen Normen der Einfachheit halber als Moral zusammen, so drückt sich dieser Gedanke in der Regel so aus: daß man als Jurist einen Tatbestand nicht moralisch, und als Moralist nicht juristisch beurteilen könne, daß man als Jurist von der Moral und als Moralist vom Recht abstrahieren müsse, daß man entweder von dem einen oder von dem anderen Standpunkt ausgehen müsse und niemals beide mit einander konfundieren dürfe. Es ist der Gedanke der Einheit des Standpunktes juristischer Erkenntnis: es kann stets nur ein Normensystem als gültig angenommen werden, wenn nicht unlösbare Widersprüche entstehen sollen. Nicht etwa als ob sich die Menschen nicht faktisch von Normen verschiedener Systeme,

von Moral- und von Rechtsnormen, richtiger: von Vorstellungen solcher Normen, motivieren ließen und tatsächlich in sogen. Pflichtenkonflikte, in Normkollisionen gerieten. Allein: Diese unleugbare Tatsache ergibt sich nur vom Standpunkt einer auf die Naturwirklichkeit des tatsächlichen Geschehens, speziell des Denkens und Wollens von Normen, nicht vom Standpunkt einer auf die Normen als spezifische Sachgehalte, als gedachte, gewollte Inhalte, als gültige Sollsätze gerichteten Betrachtung. Auch dieser auf die Naturwirklichkeit des tatsächlichen Denkens, Wollens, Handelns gerichtete Standpunkt ist ein durchaus einheitlicher, zielt durchaus auf ein einheitliches widerspruchsloses Erkenntnissystem. Denn die Tatsache, daß ein Mensch schwankt, ob er der Vorstellung einer Moralnorm oder der einer ihr inhaltlich widersprechenden Rechtsnorm entsprechend handeln soll, besagt keineswegs einen logischen Widerspruch, ist nur ein Fall des Kampfes zwischen zwei Motiven, ist wie das Zusammenwirken zweier verschieden gerichteter Kräfte. Die Urteile, die diesen Tatbestand beschreiben, sind durchaus widerspruchslos, allein nach dem Kausalgesetz orientiert. Ein Widerspruch und sohin ein Bruch der Systemeinheit ergäbe sich nur vom Standpunkt einer auf die Normen als solche, also auf die Inhalte jener seelischen Akte gerichteten Betrachtung, die als Akte das Objekt der anderen Erkenntnis waren. Von diesem Standpunkt aus behauptet die eine Norm: es soll a, und die andere: es soll non a. Allein gerade von diesem Standpunkt aus kann nur entweder die eine oder die andere gelten, und in dieser spezifischen Soll-Geltung, d. h. in einem bestimmten Wert-Erkenntnissystem ihren Platz finden. Die Vorstellungen, Wollungen einander widersprechender Normen können wiederum als Seinsfakten — und als solche keineswegs widerspruchsvoll behauptbare Seinsfakten — von ein und demselben Standpunkt aus, es ist der Standpunkt der Naturwirklichkeit — behauptet werden und haben in ein und demselben Systeme Raum.

C. Souveränität als Ausdruck der Einheit einer Ordnung.

Alle Erkenntnis aber zielt auf Einheit, deren negatives Kriterium die Widerspruchslosigkeit ist. Wenn es überhaupt eine Erkenntnis von Staat und Recht, wenn es eine Wissenschaft von diesen Gegenständen oder diesem Gegenstande gibt, so muß die Einheit des als Staat oder Recht bezeichneten Systems von Normen ihr unerschütterliches Fundament sein. Der Ausdruck dieser Einheit ist die Souveränität des Staates. Ihre selbstverständliche Konsequenz die Ausschließlichkeit der Geltung dieser Ordnung. So wie es nur eine Natur geben kann und alles, was vom Standpunkt der Naturerkenntnis als zur Natur gehörig erfaßt werden soll, als in einem einzigen systematischen Zusammenhange begriffen werden muß, so kann es auch nur eine Rechtsordnung geben. Die Einheit der Rechtswelt ist vom erkenntnistheoretischen Standpunkt aus nicht anderer Art als die Einheit der Natur. Und so wie vom Standpunkt einer auf die Naturwirklichkeit gerichteten Betrachtung alles von hier aus überhaupt Erfaßbare Natur sein muß, d. h. nach der spezifischen Gesetzlichkeit dieses Systems, dem Kausalgesetz, bestimmt sein muß, alles nur, sofern es naturgesetzlich bestimmbar ist, gegeben sein muß, es daher von diesem Standpunkte aus nur Natur und nichts als Natur „geben" kann, so kann es von einem rechtstheoretischen Standpunkt aus nur Recht und nichts als Recht geben, und kann nur als „gegeben" gelten, was nach der spezifischen Eigengesetzlichkeit des Rechtssystems, rechtsgesetzlich bestimmbar ist. Faßt man die staatliche Rechtsordnung als souverän, d. h. setzt man sie als ein völlig selbständiges, weil unabhängiges, nicht weiter ableitbares, auf kein anderes beziehbares System voraus, so hat man zugleich mit der Einheit des Betrachtungsstandpunktes, zugleich mit der Einheit des Systems die Einzigkeit des Systems, die Ausschließung jedes anderen Systems — sei das nun das System der Natur oder ein anderes Normensystem — ausgesprochen. So wird Souveränität zum Ausdruck

für Einheit des Rechtssystems und Reinheit der Rechtserkenntnis. Wenn die Theologie aller monotheistischen Religionen der Einheit und Einheitlichkeit Gottes die Einzigkeit hinzufügt, wenn diese Einzigkeit Gottes mit besonderem Pathos behauptet wird, so ist das nur die logische Konsequenz dessen, daß Gott als das absolut höchste Wesen gilt. Daß auch der Staat, soferne er als souverän erklärt, d. h. verabsolutiert, als höchstes Rechtswesen vorausgesetzt wird, das einzige Rechtswesen sein muß, d. h. daß die Souveränität des einen Staates die Souveränität jedes anderen Staates und damit jeden anderen Staat als souveränes Gemeinwesen ausschließt, ist zwar schon grundsätzlich erkannt (Nelson), aber als Erkenntnis noch nicht allgemein akzeptiert worden.

D. Staatsrechtliche und völkerrechtliche Souveränität.

So unzweifelhaft der Begriff der Souveränität, seit er in die Wissenschaft von Staat und Recht Eingang gefunden hat, diesen Sinn zu entfalten strebt, so deutlich sich dieser theoretische Sinn in all den zahlreichen Gestalten geltend macht, in denen das Souveränitätsproblem — wie unter Verkleidungen — auftritt, so zeigt sich doch auch — wie bereits früher bemerkt — vielfach die Tendenz, diesen Sinn in seiner letzten Konsequenz abzuschwächen. Wenn man die Staatsgewalt auch ohne weiteres als „höchste" Gewalt bezeichnet, so sucht man doch diesem Superlativ gewissermaßen eine nur relative Bedeutung abzugewinnen. „Höchste" Gewalt, als positiv übergeordneter Wille, sei der Staat nur in Bezug auf die ihm eingegliederten Menschen und Verbände von Menschen. Anderen, ihm nicht eingegliederten Verbänden — und solche werden grundsätzlich neben dem Staate angenommen — insbesondere anderen Staaten gegenüber sei der Staat nicht übergeordnet, sondern nur negativ: nicht untergeordnet, also gleichgeordnet, daher unabhängig. Demgemäß unterscheidet man zwei Relationen der Souveränität: nach innen und nach außen und spricht im ersten Fall von einer staatsrechtlichen, im letzten Fall von einer völkerrechtlichen Souveränität. Doch ist dieser Gedanke unvollziehbar, weil in sich widerspruchsvoll. Nicht etwa eine bloß gemäßigte Souveränität des Staates drückt er aus, sondern er birgt den Widerspruch zwischen dem Prinzip der Staatssouveränität und einem diesem entgegengesetzten Grundsatz. Daß der Staat „nur" nach innen hin „höchste", nach außen hin aber lediglich „unabhängige", weil den außerhalb seiner Sphäre stehenden anderen Staaten gleichgeordnete Gewalt sei, diese Vorstellung ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß der Staat anderen Staaten gleichgeordnet sei, mit anderen Staaten in der gleichen Ordnung stehe, die alle Staaten in ihrem gegenseitigen Verhältnis bestimmt, die allen Staaten ihren Platz im gleichen System anweist. Unter der Voraussetzung also, daß über allen Staaten eine sie koordinierende Rechtsordnung steht, der gegenüber die Einzelstaaten als delegierte Teilordnungen zu gelten haben. Nur in Hinsicht auf einen gemeinsamen Beziehungspunkt können Elemente als koordiniert bezeichnet werden. Damit ist der Einzelstaat aber auch nach innen hin nicht mehr die höchste Ordnung, hat auch nach dieser Richtung eine höhere Ordnung über sich: die Völkerrechtsordnung nämlich, von der die Einzelstaatsordnung in ihrer Totalität dependiert, wenn auch die inhaltliche Gestaltung dieser Teilordnung innerhalb gewisser, wenn auch weiter Schranken, den eigenen Organen dieser Ordnung überlassen ist. Es läuft daher die sogen. Einschränkung der Souveränität des Staates auf seine eigenen Untertanen auf die Tautologie hinaus: der Staat ist denjenigen übergeordnet, die ihm untergeordnet sind. Souveränität wäre die Eigenschaft, höher zu sein als diejenigen, die niedriger sind. In diesem relativen Sinne ist aber jeder souverän, der irgendeinem anderen übergeordnet ist, ist insbesondere jede Teilordnung gegenüber ihren Normunterworfenen, wäre z. B. die Gemeinde „nur" den Gemeindegliedern gegenüber souverän, dabei von anderen Gemeinden desselben Staates „unabhängig". Damit erweist sich aber die ganze Differenzierung zwischen staats-

rechtlicher und völkerrechtlicher Souveränität mit ihrer prinzipiellen Scheidung der einheitlichen Rechtssphäre in ein „Innen" und ein „Außen" des souveränen Staates als logisch unhaltbar. Ist der Staat souverän, dann ist alles Rechtliche notwendigerweise „Innen". Und gibt es ein Außen, d. h. gibt es außerhalb des Staates noch eine Rechtssphäre, dann kann der Staat nicht mehr souverän sein. „Außen" und „Innen" sind dann nur verschiedene Rechtsschichten, verschiedene Stufen einer und derselben Rechtsordnung.

E. Souveränität und Kompetenzhoheit.

Ist die staatliche Rechtsordnung souverän, kann sie jeden beliebigen Inhalt in sich aufnehmen, so ist der Staat in diesem Sinne tatsächlich rechtlich allmächtig. Eine andere Macht als eine Rechtsmacht hat er aber nicht. Man nennt diese „Macht" in der Regel Kompetenzhoheit und versteht darunter die Möglichkeit einer Ordnung, die Gegenstände ihrer Regelung nach jeder Hinsicht selbst zu bestimmen. „Selbst", d. h. nicht auf Grund einer Ermächtigung von seiten einer höheren Ordnung, durch die ja der sachliche, örtliche, zeitliche Geltungsbereich der niederen Ordnung, die nur Teilordnung gegenüber der umfassenden Gesamtordnung, der souveränen Ordnung ist, bestimmt werden kann. Nur die souveräne Ordnung hat daher Kompetenzhoheit. Diese Bestimmung des Geltungsbereichs einer niederen Ordnung durch eine höhere hat nicht den Charakter, den die rechtliche Verpflichtung eines Menschen hat. Sicherlich werden dabei rechtstechnisch auch Menschen — die normsetzenden Organe der niederen Ordnung — verpflichtet, Normen bestimmten Inhalts nicht zu setzen. Aber die Bestimmung des Geltungsbereiches der niederen durch die höhere Ordnung, der Mangel der Kompetenzhoheit der niederen Ordnung kommt vor allem darin zum Ausdruck, daß Normen, die den der niederen Ordnung gestellten Geltungsbereich überschreiten, über die Delegation hinausgehen, die der niederen Ordnung zu Grunde liegt, grundsätzlich nichtig sind. Es ist nicht das rechtliche Sollen eines Unterlassens, sondern ein rechtliches Nicht-Können.

F. Souveränität als Unbeschränkbarkeit der Staatsgewalt.

Wird die staatliche Rechtsordnung als souverän vorausgesetzt, dann kann der Mensch rechtlich nur der staatlichen Ordnung unterworfen sein. Allerdings müssen darum nicht alle Menschen der staatlichen Ordnung unterworfen sein. Kraft ihrer Kompetenzhoheit kann die staatliche Rechtsordnung, muß sie aber nicht, ihre Geltung bestimmten Menschen gegenüber einschränken, zurückziehen, kann sie aber auch ausdehnen. Und ebenso muß nicht das menschliche Verhalten nach allen Richtungen hin von der staatlichen Ordnung erfaßt werden, kann es aber. Da die staatliche Rechtsordnung, ist sie souverän, jeden beliebigen Inhalt aufnehmen kann, können mehr oder weniger weite Belange menschlichen Verhaltens „frei" bleiben. Irgendeine absolute Schranke gibt es jedoch für die inhaltliche Gestaltung der souveränen staatlichen Ordnung nicht. Demnach bedeutet Souveränität nicht Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Staatsgewalt. Ist der Staat Ordnung, so ist er seinem innersten Wesen nach Schranke, Beschränkung, in diesem Sinn allerdings nur für Menschen, nicht für Personen und insbesondere nicht für sich selbst. In dem Sinn wie ein Mensch vom Staat beschränkt wird, kann der Staat überhaupt nicht beschränkt werden. Wenn er seine Geltung nach irgendeiner Richtung einschränkt, so bedeutet dies nicht eine „Verpflichtung" des Staates, sondern lediglich, daß die staatliche Ordnung in ihrer positivrechtlichen Gestaltung bestimmte Inhalte nicht aufgenommen hat. Daraus, daß der Staat in diesem Sinne nicht unbeschränkt und nicht unbeschränkbar ist, irgendwelche politische Konsequenzen, etwa im Sinne des Liberalismus, abzuleiten, ist natürlich ein Trugschluß. Dieser liegt vor, wenn man die positiv-rechtliche Be-

schränktheit und Beschränkbarkeit des Staates als rechtliche Verpflichtung und Verpflichtbarkeit mißdeutet, solche Schranke als zum Wesen des Staates gehörig ansieht und zuletzt aus diesem Wesen des Staates auf die notwendige Existenz einer Freiheitssphäre des Menschen, und sohin auf dessen vom Staate unabhängige Rechtspersönlichkeit schließt, die ihm zu entziehen gänzlich außerhalb des Machtbereiches des Staates liege. Von allem anderen abgesehen, was gegen solche Auffassung einzuwenden wäre und worauf später zurückzukommen sein wird, muß hier festgestellt werden, daß die restlose Bindung des Menschen ohne Zurücklassung irgendeiner Freiheitssphäre der Idee nach durchaus im rechtlichen Machtbereich des Staates liegt. Ein anderer als der rechtliche Machtbereich kommt aber nicht in Betracht.

Ist der Staat souverän, dann sind alle andern Verbände, überhaupt alle Personen nur Teilordnungen der staatlichen Rechtsordnung, die alle anderen — sie delegierend — umfaßt. Nur die Einheit der Gesamtordnung, die Person des souveränen Staates kann als der Endpunkt der Zurechnung gelten, kraft der irgendein menschliches Verhalten als Verbandsakt anzusehen ist. Die Einheit der Teilordnungen, insbesondere auch jener Teilordnung, als welche die sog. physische Person aufzufassen ist, sind nur vorläufige Zurechnungspunkte, Durchgangspunkte der Zurechnung, die unaufhaltsam zur letzten Einheit strebt. Daß der souveräne Staat letzter Endpunkt der Zurechnung ist, bedeutet, daß sein Wille „frei", weil durch keinen höheren Willen bestimmt oder bestimmbar. Und so ist die Souveränität des Staates als die Freiheit seines Willens mit der Freiheit des Willens aller anderen „Personen" — der physischen wie der juristischen — als bloßer Personifikationen von Teilordnungen und daher bloßer Durchgangspunkte der Zurechnung, aber auch mit der Freiheit des Menschen als dessen Frei-Sein vom Staate unvereinbar. (Vgl. S. 71.) In welchem Sinn überhaupt die Freiheit des Menschen im Bereich des Staates möglich sei, wird in anderem Zusammenhange erörtert werden.

G. Die Lehre von der Rechtssouveränität.

Der traditionellen Vorstellung, daß der Staat als Rechtspersönlichkeit der Rechtsordnung unterworfen sei, hat man neuerdings entgegen gehalten, daß er dann — wenn es auch seine eigene Rechtsordnung sei, der er sich unterwirft — nicht eigentlich mehr souverän sein könne, daß es vielmehr das Recht sei, dem allein Souveränität zukomme. (Krabbe.) Mit dem Dualismus von Staat und Recht verschwindet auch diese Frage. Ist der Staat als Person nur eine von der Rechtserkenntnis vollzogene Personifikation des Rechts, dann kann von einer Unterwerfung des Staates unter die Rechtsordnung niemals in dem Sinn die Rede sein, der für die Unterwerfung eines Menschen unter die Rechtsordnung gilt: Pflichtmäßige Gebundenheit durch die Rechtsordnung. Daß der Staat Pflichten „hat", bedeutet — wie immer wieder betont werden muß — etwas anderes als daß ein Mensch verpflichtet ist. Diese rechtliche Bindung durch eine gleichsam von außen, von oben herantretende Rechtsordnung: das ist aber offenbar der Sinn, in dem man auch die Selbstverpflichtung des Staates vorstellt und daher darin eine Beeinträchtigung der Souveränität — als Unbeschränktheit — des nunmehr rechtlich beschränkten Staates erblickt. Die Lehre, die unter Hinweis auf die Unterwerfung des Staates unter das Recht die Souveränität für das Recht in Anspruch nimmt und dem Staate abspricht, tritt in Verbindung mit der schon in anderem Zusammenhange charakterisierten Anschauung auf, daß ursprünglich, in den Anfängen der historischen Entwicklung zwar der Staat — als Obrigkeitsstaat der absoluten Monarchie — souverän gewesen sei, daß aber später — als der Volksstaat den Obrigkeitsstaat verdrängte — allmählich sich das Recht über den Staat

gestellt habe; und daß somit nur dem modernen Staat gegenüber das Recht — und nicht der Staat — souverän, weil nur der moderne Staat Rechtsstaat sei.

Diese Anschauung übersieht, daß auch der autokratische Staat, der in seiner gemilderten Form und im Gegensatz zum demokratischen gerne als „Obrigkeits"-Staat bezeichnet wird, nur Rechtsordnung ist, nur als Ordnung begriffen werden, weil anders die Einheit in der Vielheit von Herrschaftsakten nicht vorgestellt werden kann, daß aber auch diese Ordnung als Rechtsordnung angesehen werden muß, selbst wenn sie ohne jede Beteiligung der Normunterworfenen erzeugt wird. Das ist die einfache Konsequenz des Positivismus; andernfalls liegt nur eine naturrechtliche Verengung des Rechtsbegriffes vor, wenn man nämlich als Recht nur das „Volks"-Recht, das vom Volke oder doch im Interesse des Volkes gesatzte Recht, kurz das demokratisch erzeugte Recht gelten lassen will. Ob die auf demokratischem oder auf autokratischem Wege erzeugten Rechtsnormen die Ausübung der Herrschaft bestimmen: stets ist der Staat Obrigkeits-Staat, stets ist Obrigkeit vorhanden; und stets ist der Staat Rechtsstaat in dem Sinn, daß es eine Rechtsordnung ist, die bestimmt, daß und wie Obrigkeit ausgeübt, daß und wer befehlen und gehorchen solle. Und stets ist — weil und sofern die Rechtsordnung als souverän vorausgesetzt wird — der Staat souverän. Und wiederum ist es nicht ein historischer, ein irgendwie in der Außenwelt des Geschehens ablaufender Prozeß, in dem der Staat seine Souveränität an die Rechtsordnung abgibt, indem er sich ihr unterwirft; sondern es ist ein Fortschritt innerhalb der Erkenntnis, indem man von der ursprünglich isolierten Betrachtung des Herrschaftsgehaltes zu der Einsicht aufsteigt, daß dieser Inhalt nur in der Wesens-Form des Rechtes, nur in unlöslicher Verbindung mit ihr seinen spezifischen Sinn gibt.

H. Souveränität als Rechtsinhaltsbegriff.

Zusammenfassend betrachtet, bedeutet Souveränität des Staates, daß die staatliche Rechtsordnung höchste, sohin alle anderen Ordnungen als delegierte Teilordnungen umfassende, diese daher in ihrem Geltungsbereich bestimmende, selbst aber von keiner höheren Ordnung bestimmte, einige und — weil alle anderen Ordnungen ausschließende — einzige Ordnung ist. In diesem Sinne ist Souveränität ein formaler, ein Rechts-Wesens-Begriff. Und dieser Formalbegriff muß auch als der primäre, muß als der Grundbegriff der Souveränität angesehen werden. Er schließt, wie auf den ersten Blick einzusehen, die Vorstellung einer über dem souveränen Staate stehenden, ihn rechtlich bestimmenden Völkerrechtsordnung aus. Sofern aber die Theorie auf diese Vorstellung nicht verzichten will, andererseits doch wieder an dem Geltungsanspruch festhalten möchte, der sich in dem Begriff der Souveränität des Staates ausdrückt, vollzieht sie mit diesem Begriff einen Bedeutungswandel, der ihr erlaubt, die Souveränität des Staates auch bei Annahme einer über diesem stehenden Völkerrechtsordnung behaupten zu können, ja womöglich die Souveränität des Staates aus dem übergeordneten Völkerrecht abzuleiten. Das ist der Weg, auf dem der formale Begriff der Souveränität zu einem Rechtsinhaltsbegriff umgedeutet wird, der mit dem ersteren kaum mehr als das Wort gemein hat.

Ohne ausdrücklich zuzugeben oder auch sich nur dessen bewußt zu werden, daß der so gewandelte Begriff der Souveränität seine eigentliche Funktion verloren hat: eine spezifische Stellung des Staates in der Rangordnung der rechtlichen Gemeinschaften zu bezeichnen, versucht man, ihm einen bestimmten Inhalt abzugewinnen, indem man ihn in einzelne Kompetenzen oder Befugnisse des Staates auflöst, als einen Inbegriff von subjektiven Rechten des Staates darstellt, deren Vollgenuß dem Ideal des Staates entspricht, ohne daß jedoch gewisse Einschränkungen dieser auch als Souveränität bezeichneten Rechtsfülle dem Wesen des Staates Abbruch tun sollen. Daß man Souveränität in diesem Sinne selbst als ein

subjektives Recht des Staates bezeichnet und aus einem angeblichen Grundrecht des Staates auf Freiheit, dieses wieder aus einem Rechte des Staates auf Existenz ableitet, soll nur nebenbei als ein Symptom für die Anarchie der rechtswissenschaftlichen Terminologie angemerkt werden, die jeden irgendwie rechtlich relevanten oder vom Standpunkt des Darstellers als rechtlich relevant gewünschten Inhalt als subjektives „Recht" darzustellen liebt.

Nach der Unterscheidung zwischen dem Recht der inneren und dem der äußeren Souveränität pflegt man als Ausfluß der ersteren anzuführen: das Recht des Staates, sich politisch zu organisieren, das heißt sich eine Verfassung, oder was dasselbe ist, sich Verfassungsgesetze zu geben; daneben wird das Recht des Staates hervorgehoben, sich überhaupt Gesetze zu geben, obgleich das erstere nur ein Spezialfall des letzteren ist. Das „Recht" des Staates, diese Gesetze zu vollziehen, wird als „Recht auf Selbstregierung und Selbstverwaltung", als „Recht zur Leitung der Staatsverwaltung", als „Recht auf Organisation und Betrieb des Verwaltungsapparates", als „Jurisdiktions- und Gerichtsbarkeitsrecht" keineswegs vollständig spezifiziert. Offenbar kommen bei solchen Aufzählungen von Souveränitätsrechten nur ganz besonders wichtige, die Interessen des internationalen Verkehrs besonders berührende, bei internationalen Konflikten besonders gefährdete Interessen zur Aufzählung. Mitunter wird als spezielles Souveränitätsrecht hervorgehoben: das Recht der freien Ämterbesetzung, das Recht, die religiösen Angelegenheiten der Untertanen frei zu regeln, u. a. Einen Katalog der inneren Souveränitätsrechte aufzuzählen, ist der Versuch, alle materiellen Kompetenzen, die der Staat innerhalb des ihm durch das Völkerrecht garantierten territorialen Bereiches hat, als subjektive Rechte darzustellen. Dieser Versuch ist aussichtslos, da dem Staat innerhalb dieses Bereiches grundsätzlich jede die Ordnung menschlichen Verhaltens betreffende Kompetenz zusteht. Er läuft darauf hinaus, den möglichen Inhalt der einzelstaatlichen Rechtsordnung erschöpfend zu beschreiben. Die formalen Kompetenzen aber als innere Souveränitätsrechte darzustellen, heißt offenbar nichts anderes als ein „Recht", Gesetze zu geben und zu vollziehen, präziser: ein Recht der Rechtserzeugung, d. h. der Erzeugung des Rechts in seinen verschiedenen Stufen des Bereiches einzelstaatlicher Rechtsordnung, ein Recht, Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte, richterliche Urteile usw. zu setzen, anzunehmen.

Als Rechte der „äußeren" Souveränität oder Rechte der Unabhängigkeit werden angeführt: das Recht, mit anderen Staaten frei zu verkehren und zu diesem Zweck Vertreter zu bezeichnen und zu bevollmächtigen, das Recht auf freien Verkehr, das Gesandtschaftsrecht, das Recht, Krieg zu erklären und Krieg zu führen, das Recht, Verträge zu schließen; daneben das Recht auf Gleichheit, das Recht auf Achtung, das Recht auf Integrität des Staatsgebietes usw. Besonders hervorzuheben pflegt man: das Recht, jede Staatshandlung eines anderen Staates auf eigenem Staatsgebiete auszuschließen, das Recht des Staates, vor die Gerichtsbarkeit keines anderen Staates gestellt zu werden, das Recht jedes Staates auf Exemption der Gesandten von der Staatsgewalt des Empfängerstaates, das Recht des Staates, seine Angehörigen im Ausland zu schützen. Es ist offenbar, daß auch diese Aufzählung niemals vollständig sein kann. Denn jeder Völkerrechtssatz, jeder Inhalt einer objektiven Völkerrechtsnorm läßt sich schließlich irgendwie als subjektives Recht des Staates darstellen, der an dieser Norm interessiert ist, dessen Interesse durch diese Norm geschützt ist. Souveränität als Inbegriff der einzelnen Souveränitätsrechte ist somit nichts anderes als das objektive Völkerrecht — und wenn man die inneren Souveränitätsrechte hinzunimmt — einschließlich der durch das Völkerrecht garantierten einzelstaatlichen Rechtsordnung, sofern dadurch die Interessen des Einzelstaates, konkreter: die Interessen der den Staat bildenden Menschen geschützt werden. Souveränität, in deren Begriff die Einheit

des damit als Eigenschaft ausgestatteten Systems zum Ausdruck kommt, wird zum Symbol des Systems selbst. An Stelle der Einheit des Inhalts tritt der Inhalt als solcher. Das ist eine auch auf anderen Gebieten nicht selten zu beobachtende logische Verschiebung. In der herrschenden Staats- und Völkerrechtstheorie wird dieser Fehler, etwas ungenau, dahin qualifiziert, daß man erklärt: der Versuch, die Souveränität in eine Fülle von Einzelinhalten aufzulösen, sei darauf zurückzuführen, daß Souveränität aus einer Eigenschaft der Staatsgewalt zur Staatsgewalt selbst umgedeutet werde. (JELLINEK.)

Daß ein derartiger Begriff der Souveränität viel zu weit ist, um irgend einen konkreten Wert zu haben, ist klar. Vor allem aber ist der Idealfall eines die ganze Fülle aller rechtlichen Handlungsmöglichkeiten uneingeschränkt besitzenden Staates im Bereiche der Völkerrechtsgemeinschaft gar nicht gegeben. Recht bedeutet zugleich mit der Ermöglichung die Beschränkung des rechtlichen Handelns. Durch die Völkerrechtsordnung wird jeder Staat nicht nur in bezug auf individuelle Handlungen, sondern auch generell eingeschränkt. Jedes Recht des Einen ist notwendigerweise Bindung, also Einschränkung des Anderen. Tatsächlich führt man ja auch die diesem Begriff einer materiellen Souveränität immanente Tendenz nicht zu Ende. Es scheint offenbar gar nicht auf eine Aufzählung aller materiellen Souveränitätsrechte anzukommen. Man will vielmehr nur eine solche Fülle von Rechten umschreiben, bei der der Staat noch souverän ist; nicht ein Maximum, sondern ein Minimum, das eine Einschränkung nicht mehr verträgt, ohne daß der Staat dadurch den Charakter der Souveränität und schließlich den eines selbständigen Staates überhaupt verliert. Welche Kompetenzen muß ein Gemeinwesen haben, um noch als souveräner Staat zu gelten? Sofern mit solcher Frage feste Grenzen gesucht werden, die den souveränen von dem nicht mehr oder nur noch halb souveränen Staat scheiden, so muß auch diese Absicht scheitern. Die inhaltlichen Variationen sind zu mannigfaltig, die Übergänge zu allmählich, um das Ziehen scharfer Linien zu ermöglichen, die den einen Typus vom anderen trennen, ohne daß solche Abgrenzungen den Charakter der Willkür annehmen.

Eine besondere Spielart des Rechtsinhaltsbegriffs der Souveränität ist jene, bei der die Souveränität des Staates sich nur als Reflex der technischen Unvollkommenheit des Völkerrechts und der damit verbundenen hochgradigen Dezentralisation ergibt, derzufolge die Staatengemeinschaft nur eine sehr lockere Organisation darstellt. Es ist insbesondere der Umstand, daß die Völkerrechtsordnung keine arbeitsteilig funktionierenden Organe einsetzt, die zur Behauptung einer „Souveränität" der Staaten Anlaß gibt. So lehrte man, der Staat sei souverän, weil und sofern er keinem fremden Gesetzgeber unterworfen, vielmehr sein eigener Gesetzgeber sei, oder weil seine eigenen Organe von keinem fremden Organ individuelle Befehle entgegenzunehmen hätten; d. h. daß der Staat so wie keiner fremden Gesetzgebung, auch keinen fremden Exekutivorganen, sei es Verwaltungs-, sei es Gerichtsbehörden, unterstehe; all dies aber kraft Völkerrechts, das dem Staate diese Stellung einräume. Insbesondere sei der — eben darum „souveräne" — Staat durch das Völkerrecht berufen, nur selbst, d. h. durch eigene Organe zu entscheiden, ob er — durch andere Staaten — in seinem Recht verletzt sei und daher die Reaktion des Völkerrechts, der Krieg, einzutreten habe. Der Staat selbst und nicht etwa fremde Organe seien befugt, die Rechtsverletzung festzustellen und die Unrechtsfolge zu vollstrecken. Der Staat sei also — kraft Völkerrechts — in eigener Sache selbst Richter, gegen seine Entscheidung gebe es — wiederum kraft Völkerrechts — kein Rechtsmittel mehr; er sei die vom Völkerrecht eingesetzte letzte Instanz. Und gerade darin liege seine ihm vom Völkerrecht eingeräumte Souveränität. Souveränität und Völkerrecht also nicht nur vereinbar, sondern sogar Souveränität nur auf Grund des Völkerrechtes gegeben.

Der mit dieser Theorie gedeutete Tatbestand liegt zweifellos vor. Nur ist

die Deutung mit Hilfe des Souveränitätsbegriffes wertlos, ja widerspruchsvoll. Denn gerade diese Theorie zeigt, daß hinter dem hier scheinbar allein maßgebenden Rechtsinhaltsbegriff der alte Formalbegriff der Souveränität steht, aus dessen uneingestandener Voraussetzung die ganze Argumentation ihre Beweiskraft zieht. Denn ihr Um und Auf ist: daß die generellen und individuellen Normen, daß insbesondere ihr letzter Vollzugsakt nicht von — dem Staate gegenüber — fremden, sondern von den „eigenen" Organen gesetzt werden. Allein, wie in anderem Zusammenhange noch näher zu zeigen sein wird, bedeutet der Mangel arbeitsteilig funktionierender Organe des Völkerrechts keineswegs, daß das Völkerrecht keine Organe habe, sondern nur: daß durch die Völkerrechtsordnung zur Setzung und Vollziehung ihrer Normen Menschen berufen werden, die auch Organe der einzelstaatlichen Rechtsordnung sind. Als Organe des Völkerrechts setzen die zum Abschluß eines Staatsvertrages Kompetenten Recht für die Staaten, sofern eben der Vertrag als Rechtsquelle durch das Völkerrecht eingesetzt ist. Ebenso und aus demselben Grunde sind die das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht erzeugenden Akte Organfunktion einer Völkerrechtsgemeinschaft; ist der Staat, der eine rechtswidrige, d. h. völkerrechtswidrige Verletzung seiner Interessen feststellt und sich für den Krieg als Reaktion gegen diese Verletzung entscheidet, sind die Organe, die den Krieg erklären und führen, in erster Linie Organe der Völkerrechtsordnung und nicht Organe der einzelstaatlichen Rechtsordnung. Setzt man ein über den Staaten stehendes Völkerrecht voraus, dann werden die Rechtsakte, die die eben erwähnte Souveränitätstheorie als wesentlich von den „eigenen" Organen des Staates gesetzt behauptet, in Wahrheit von den „eigenen" Organen der Völkerrechtsordnung gesetzt. Und diese Organe können darum nicht aufhören, „eigene" Organe der Völkerrechtsgemeinschaft zu sein, weil die Organträger auch Organe der einzelstaatlichen Ordnung sind. Bei Setzung der in Betracht kommenden Rechtsakte können die fraglichen Organe nur dann wesentlich als „eigene" Organe des Einzelstaates gedeutet werden, wenn die einzelstaatliche Ordnung als höchste, wenn über ihr keine sie delegierende Völkerrechtsordnung vorausgesetzt wird. In der Deutung dieser Organe als „eigener" Organe des Einzelstaates liegt — sieht man näher zu — die Annahme, daß dieser souverän in dem rein formalen Sinne des Wortes sei; stellt sich somit gerade jener Souveränitätsbegriff wieder ein, dessen Unvereinbarkeit mit der überstaatlichen Rechtsordnung zu dem Rechtsinhaltsbegriff der Souveränität gedrängt hat. Und so zeigt sich, daß die Theorie, die den Staat für souverän erklärt, weil das über ihm stehende Völkerrecht keine arbeitsteilig funktionierenden Organe einsetzt, in voller Parallele zu jener Theorie steht, die aus demselben Grunde den Rechtscharakter des Völkerrechtes leugnet und somit dieses als eine über den Staaten stehende Rechtsordnung negiert, um die Souveränität des Staates zu wahren.

I. Souveränität und Staatsvertrag.

Faßt man die Souveränität als Rechtsinhaltsbegriff und löst man sie in eine Fülle von Kompetenzen oder Rechten auf, dann bedeutet jeder Staatsvertrag eine Einschränkung der Souveränitätsrechte. Durch Vertrag kann ein Staat sich verpflichten, eine bestimmte Verfassung — etwa eine monarchische oder eine republikanische — zu haben, bestimmte Gesetze — zum Beispiel über die gleiche Behandlung aller Konfessionen, über die Versicherung der Arbeiter gegen Unfall, Krankheit, Arbeitslosigkeit, über die Verhinderung des Mädchenhandels oder Alkoholgenusses — zu erlassen. Durch Vertrag kann er sich verpflichten, gewisse Angelegenheiten nicht mehr „selbständig", d. h. nicht mehr durch Organe zu verwalten, die er selbst, d. h. letztlich seine eigene Ordnung und seine eigenen Organe berufen; er kann sich vielmehr verpflichten, diese Angelegenheiten gemeinsam mit einem anderen Staate, d. h. durch Organe zu verwalten, die durch

eine gemeinsame, etwa die Vertragsordnung, und durch das Zusammenwirken der Organe beider Staaten berufen werden. Das gleiche gilt hinsichtlich der Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit. Durch Vertrag kann ein Staat insbesondere auf eine selbständige Vertretung nach außen verzichten, sich durch die Organe eines anderen Staates oder durch mit einem anderen Staate gemeinsame, d. h. gemeinsam bestellte Organe vertreten lassen. Die vertragsmäßige Einschränkung kann sich auf jedes beliebige Souveränitätsrecht beziehen und inhaltlich jeden beliebigen Grad haben. Wann aber hört ein Staat auf, souverän, wann hört er auf, überhaupt ein Staat zu sein? Man pflegt in der Regel anzunehmen, daß der Souveränität durch Vertrag kein Abbruch geschehen könne, da jede solche Einschränkung letztlich auf dem eigenen Willen des eingeschränkten Staates beruhe, ja durch den Vertrag die Souveränität des Staates geradezu bewährt werde. Allein diejenige „Souveränität", die durch Vertrag nicht berührt werden kann, ist offenbar ein ganz anderer Begriff als jene, die verschiedener Grade fähig sein soll und nach der die ganz- von den bloß halb-souveränen, speziell unter völkerrechtlichem Protektorat eines anderen Staates stehenden und den halb souveränen oder nicht souveränen in einem Bundesstaate stehenden Gliedstaaten unterschieden werden. Die Souveränität, der durch Vertrag kein Abbruch geschehen kann, ist der Ausdruck für die Annahme der formalen Qualität des Staates als einer höchsten Ordnung, während der andere Begriff auf die Fülle des Rechtsinhaltes zielt. Indes ist der allgemein verbreitete Satz, daß Vertrag der Souveränität keinen Abbruch tue, zumindest in seiner Begründung falsch, wenn dabei die Geltung der vertraglichen Bindung auf den „eigenen" Willen des vertraglich gebundenen Staates zurückgeführt, dieser Staat somit als höchste Rechtsquelle, d. h. aber als souverän vorausgesetzt wird. Denn Vertrag ist die Äußerung der Willensübereinstimmung zweier Subjekte. Und sofern diese Subjekte als koordiniert angenommen werden sollen, muß die Annahme eines die Staaten als koordinierte Subjekte erst konstituierenden, über den Staaten stehenden, sie verpflichtenden und vor allem zur Einhaltung der Verträge verpflichtenden Völkerrechts gemacht werden. Dann aber ist der Geltungsgrund der Vertragspflicht des Einzelstaates nicht sein eigener Wille — dessen Äußerung ist nur zusammen mit der Willensäußerung des anderen Staates der bedingende Tatbestand — sondern der „Wille" des Völkerrechts, der Völkerrechtsgemeinschaft, der in der Völkerrechtsnorm pacta sunt servanda zum Ausdruck kommt.

K. Politischer Mißbrauch des Souveränitätsbegriffes.

Der Rechtsinhaltsbegriff der Souveränität zielt nicht so sehr auf eine theoretische Wesenserkenntnis des Staates — obgleich er meist so vorgetragen wird — als vielmehr auf politische Zwecke. Man will gewisse, besonders wichtig erscheinende Kompetenzen der als Staat bezeichneten Ordnung sichern, indem man argumentiert: Diese Ordnung ist ein „Staat", also hat sie Souveränität; zum Wesen der Souveränität aber gehört z. B., daß sie Normen über die Aufstellung und Führung eines Heeres enthalten, daß der Staat eine Armee haben müsse. Und indem man zugleich die Staatsgewalt, als deren Eigenschaft die Souveränität gilt, als faktische Macht, als natürliche Kraft voraussetzt, verwendet man den Lehrsatz, daß der Staat seinem Wesen nach souverän sei, als Postulat eines bestimmten Minimums natürlicher Hilfskräfte: ein hinreichend großes Gebiet, hinreichende Volkszahl, hinreichende Bodenschätze, hinreichende Streitkräfte usw. Der Rechtsinhaltsbegriff der Souveränität hat die deutliche Tendenz, nicht ausschließlich eine rechtliche, sondern auch oder gar nur eine faktische Qualität auszudrücken. Der politische Mißbrauch, der hier mit einem rechtstheoretischen Begriff getrieben wird, liegt auf der Hand. Er tritt noch deutlicher hervor, wenn das Souveränitätsprinzip geradezu als Postulat hinsichtlich eines Maximums an

effektiver Macht verwendet wird. Die Staatsgewalt darf nicht nur nicht zu schwach, sie darf auch nicht zu stark sein. Wie die zu geringe Macht des eigenen Staates mit dessen Souveränität, ist die übermäßige Macht eines Staates mit der Souveränität der anderen nicht vereinbar. So wie ein Zwergstaat, soll auch ein Weltstaat mit dem Wesen des Staates oder der Souveränität unvereinbar sein. Das Souveränitätsdogma tritt in den Dienst des Gleichgewichtsprinzips.

Der Trugschluß ist offenbar. Nichtsdestoweniger zeigt die Geschichte des Souveränitätsbegriffes, wie er von allem Anfang an nicht so sehr dem Zwecke wissenschaftlicher Erkenntnis des Staates als vielmehr staatspolitischen Absichten gedient hat. Wie kein anderer Begriff hat gerade derjenige der Souveränität das theoretische Mäntelchen für höchst praktische Postulate abgegeben, so daß gerade seine Geschichte ein klassisches Beispiel für den die Rechtswissenschaft in ihrem theoretischen Charakter bedrohenden Methodensynkretismus, speziell für die verhängnisvolle Vermengung moral-politischer und juristischer aber auch juristischer und psychologisch-soziologischer Betrachtung liefern kann. Dennoch wäre die Annahme falsch, daß hinter der von der Staatsrechtstheorie seit Jahrhunderten vorgetragenen Souveränitätslehre nichts anderes als politische Postulate zu finden seien. Vielmehr ist es so: daß eine richtige rechtstheoretische Erkenntnis durch ein Labyrinth von ihr fremdartigen, politischen und anderen Elementen seit Jahrhunderten durchzudringen bemüht ist. Ohne diesen rein theoretischen Wahrheitsgehalt wäre es der Lehre von der Souveränität nicht gelungen, bis auf den heutigen Tag ein eiserner Bestand der Staats- und Rechtslehre, ja eines ihrer wichtigsten Kapitel zu bleiben.

Man pflegt für gewöhnlich anzunehmen, daß der antiken Staatstheorie der Souveränitätsbegriff völlig unbekannt gewesen sei. Doch dürften sich in dem Begriff der Autarkie, den die griechische Staatslehre, und in dem der majestas populi Romani, den die römische entwickelte, doch gewisse Elemente des Souveränitätsgedankens finden. Schon sehr deutlich tritt er aber in der mittelalterlichen Theorie des imperium Romanum auf, das nach damaliger juristischer Anschauung als die die ganze christliche Gesellschaft konstituierende universale Rechtsordnung galt, innerhalb deren die einzelnen als Staaten bezeichneten Gemeinwesen bewußt nur als Teilordnungen, als mehr oder weniger autonome Provinzen angesehen wurden, deren Rechtsmacht vom Reich delegiert war. In dem Verhältnis, das die mittelalterliche juristische Theorie zwischen dem römischen Reich und den allmählich immer selbständiger werdenden Königreichen, Fürstentümern, Stadtrepubliken annahm, kommt unzweideutig der Gedanke der Souveränität des imperium Romanum zum Ausdruck. Das war die Rechtsgemeinschaft aller christlichen Staaten. Ihre Funktion war zum Teil die gleiche wie jene, die heute das Völkerrecht hat. Sie unterscheidet sich von der Völkerrechtsgemeinschaft durch das größere Maß materieller Kompetenzen und die Normierung eigener, d. h. arbeitsteilig funktionierender Organe. Darum bezeichnete man die mittelalterliche Staatengemeinschaft auch als „Staat", als Reich. In demselben Maße als das römische Reich zerfiel, richtiger: als diese Ideologie ihre Wirksamkeit verlor, geht die Souveränität in der Vorstellung der Juristen auf die sich von der Oberhoheit des imperium Romanum emanzipierenden Einzelstaaten, die bisher unmittelbar unter dem Reich stehenden Königreiche und Republiken über. Es ist nicht bloß ein Symptom dieses Zerfallprozesses, es ist auch mit eine Ursache für seine Beschleunigung, daß die Lehre auftritt, nicht alle civitates wären solche, quae superiorem recognoscunt, es gäbe auch civitates superiorem non cognoscentes, wobei unter dem superior das imperium Romanum verstanden wird. In der offenkundigen Absicht, die Oberhoheit des römischen Reiches abzuschütteln, aber im Gewande einer allgemeinen Theorie vom Staate wird von französischer Seite vorgetragen, es gehöre zum Wesen des Staates, daß seine Gewalt höchste und unabhängige Gewalt sei, weshalb, da Frankreich ein

Staat, die Herrschaftsansprüche des Reiches nicht zu Recht bestünden. Es ist überaus bezeichnend, daß die Souveränitätstheorie, die erst mit dieser Argumentation des JEAN BODIN (1576) bewußt als Lehre vom Wesen des Staates auftrat, sogleich in den Dienst konkreter, dem bisherigen positiven Recht zuwiderlaufender politischer Absichten gestellt wurde. Und diese Absichten richten sich keineswegs nur gegen die Schranken, die der Entfaltung des französischen Staates in der Existenz des römischen Reiches entgegenstanden, sondern insbesondere auch gegen die rechtlich ebenso begründete Einschränkung der königlichen Macht durch die Kompetenzen der Feudalherren. Der Staat, dem Souveränität zugesprochen wird, wird einfach mit der Staatsgewalt und diese mit ihrem obersten Organ, dem König, identifiziert. Aus der Souveränität schließt man dann auf die rechtliche Unbeschränktheit der königlichen Macht, insbesondere aber auch gegenüber den ihr lästigen Baronen. Dies geschieht schon bei BODIN, in der Weise, daß Souveränität als eine Summe von Hoheitsrechten des Königs dargestellt wird. Daß es sich dabei gerade um jene Kompetenzen handelte, die der französische König gegen den Kaiser und die Großen seiner Länder in Anspruch nahm, versteht sich von selbst. Ebenso, daß diese jura majestatis in der englischen Theorie dem Bedürfnis der nach Absolutismus strebenden englischen Könige entsprachen. Und eine analoge Argumentation wird gegen die Herrschaftsansprüche der Kirche eingesetzt.

Das Prinzip der Souveränität, als Fürstensouveränität gedeutet, wird zu einem überaus wirksamen geistigen Kampfmittel für die absolute zentralistische Monarchie. Es ist ein autokratisches Naturrecht, so wie es ein demokratisches Naturrecht gibt. Man möchte darüber staunen, wie offenkundige Trugschlüsse solche bedeutende Rolle in der Geschichte der Völker spielen können, wüßte man nicht, daß es nicht gerade die Logik ist, die den Argumenten zum Sieg, d. h. dazu verhilft, daß die Menschen an sie glauben. Identifiziert man den Staat nicht mit seiner Gewalt, bzw. dem Monarchen als deren Organ, sondern — wie dies ja auch noch jetzt gerne und in der gleichen Absicht geschieht — mit dem Volke, dann kann man — das ist der Kern der in mannigfachen Variationen vom Mittelalter bis zum heutigen Tage vertretenen Lehre von der Volkssouveränität — den demokratischen Staat als den „wahren“ Staat, die Demokratie als die einzige dem Wesen des Staates entsprechende Staatsform beweisen. Da das Volk der Staat ist — oder scheinbar formloser aber in Wahrheit auch nur mit dem Hintergedanken der Volkssouveränität: der Staat ein organisiertes Volk — hat das Volk die Staatsgewalt, d. h. gehört die Staatsgewalt „eigentlich“ dem Volk, das sie entweder selbst ausübt oder einem Parlament oder auch einem Monarchen überträgt, der dann nur der Diener seines Volkes ist. So erhaben sich die moderne Staatstheorie über der Naivität der Volkssouveränitätslehre dünkt, so ist doch auch sie nicht immer imstande, deutlich zwischen dem politischen Postulat der Demokratie oder Autokratie und einer Lehre von den möglichen Formen des Staates zu unterscheiden, und kann nicht darauf verzichten, ihre jeweiligen politischen Wünsche als Wesenswahrheiten vorzutragen.

§ 21. Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates.

A. Das Problem.

Dieser Mangel zeigt sich besonders deutlich bei der Lösung jenes Problems, das neuerdings als das bedeutendste der ganzen Souveränitätslehre erscheint: Ob nämlich Souveränität ein wesentliches Merkmal des Staates, welcher sohin der Unterschied des Staates von anderen Rechtsgemeinschaften, speziell von den ihm so ähnlichen Gebietskörperschaften: den Gemeinden, und welches das Verhältnis des Staates zu anderen Staaten und damit zum Völkerrecht sei.

Als Ziel und Ergebnis der BODINschen Souveränitätstheorie, die auch noch die Staatslehre des XIX. Jahrhunderts beherrscht, muß die Vorstellung angenommen

werden, daß der Staat seinem Wesen nach souverän sei. Die Verabsolutierung des Staates, die vermittels des Souveränitätsbegriffes vollzogen wird, ist ja das charakteristische Merkmal der modernen Staatstheorie. Dadurch und nur dadurch gelingt es der Theorie, den Staat von allen anderen Verbänden, insbesondere den Gemeinden und ähnlichen Gebietskörperschaften prinzipiell und absolut zu unterscheiden, alle anderen Verbände als dem Staate eingegliedert, dem Staate unterordnet zu begreifen. Der Staat ist eben der höchste, d. h. der umfassendste Verband. Daß diese juristische Verabsolutierung auch ins Ethische getragen, der Staat — und daher der Monarch — geradezu vergöttlicht wurde, soll hier nur als ein Symptom dafür angemerkt werden, welche eminenten politischen Interessen hinter der Lehre von der Wesentlichkeit der Souveränität für den Staat während einer Epoche standen, da alle für die Theorie irgendwie maßgebenden Staaten Monarchien waren. Darüber soll aber auch nicht die Befriedigung rein theoretischen Bedürfnisses nach einem klaren, eindeutigen Kriterium des Staates unterschätzt werden: Das gerade bot die Souveränitätstheorie. Allerdings brachte sie auch gewisse Schwierigkeiten. Vor allem hinsichtlich des Verhältnisses des Staates zum Völkerrecht und sohin zu anderen Staaten. Indes waren diese Schwierigkeiten auch vom Standpunkt des Souveränitätsdogmas nicht unüberwindlich, zumal bei dem sehr fragwürdigen Zustand des Völkerrechtes, das sich nur allmählich als Ersatz für den erlöschenden Gedanken einer Staatengemeinschaft im imperium Romanum entwickelte. Nichts leichter, als die Rechtsnatur dieses Völkerrechtes überhaupt zu leugnen, sobald es der Theorie irgendwie unbequem wurde.

B. Souveränität der Gliedstaaten im Bundesstaat.

Zu einer Opposition gegen die beinahe unbestrittene Anschauung, daß der Staat wesentlich souverän sei, kommt es eigentlich nur auf dem Boden der Bundesstaatstheorie, mit der speziell die deutsche Staatsrechtslehre sich im Anschluß an die Gründung des deutschen Reiches eingehend beschäftigte. Der Bundesstaat entsteht in der Regel in der Weise, daß bisher unzweifelhaft für souverän gehaltene Staaten sich zu einem Verbande zusammenschließen und sohin einem neuen Verbande unterstellen, der auch als Staat gilt. Dieser Zusammenschluß soll aber nach Absicht der die Verbindung Bewerkstelligenden nur so erfolgen, daß die sich zusammenschließenden Glieder ihren Charakter als „Staaten" und sohin ihre obersten Organe den Rang und die Würde von obersten Staatsorganen, ihre Bürger das Bewußtsein beibehalten, ihrem ursprünglichen, besonderen, irgendwie geschlossenen, und den „Staaten" der Völkerrechtsgemeinschaft gleichgeordneten Verbande weiter anzugehören. Es handelt sich dabei — vom Standpunkt der Staatstheorie — im wesentlichen darum, an der Deutung des Charakters der — zum Bundesstaat sich zusammenschließenden — Verbände, trotz des durch den Zusammenschluß wesentlich geänderten Tatbestandes, nichts wesentlich zu ändern: Diese Verbände sollen weiter als „Staaten" gelten. Die Beantwortung der Frage, was ein Staat und wann ein Verband ein Staat sei, hängt aber nicht von den Wünschen der diesen Verband bildenden oder leitenden Menschen ab. An einem bestimmten theoretischen Resultat, nämlich der Beantwortung der Frage, was diese Verbände sind, besteht ein ausgesprochen politisches Interesse. So wie etwa an der Lösung gewisser naturwissenschaftlicher Probleme ein theologisches Interesse besteht, d. h. daß eine bestimmte Lösung von vornherein aus ganz anderen als theoretischen, wissenschaftlichen Gründen postuliert und jede andere ohne Rücksicht auf ihre theoretische Begründbarkeit abgelehnt wird. Die Staatsrechtstheorie hat sich nun bei ihrer „wissenschaftlichen" Lösung des Problems keineswegs von den politischen Wünschen unbeeinflußt gezeigt. Im Gegenteil, sie hat es gerade für ihre Aufgabe angesehen, ihre „Theorie" diesen Wünschen anzupassen und hat dieses sacrificium intellectus, wie so häufig, damit bemäntelt, daß sie betonte, nicht „abstrakte, welt-

fremde Spekulation“ betreiben, sondern dem „wirklichen Leben“ dienen, das „Leben“ erklären zu wollen. Daß dabei die Theorie vom wesentlich souveränen Staat recht kuriose Verrenkungen erfahren mußte, versteht sich von selbst. Denn daß die zum Bundesstaat verbundenen, unter dem Bunde stehenden Gliedstaaten souverän seien, war einer Theorie selbst bei vollständiger Hingabe an das „Leben“ nicht möglich, ohne weiteres zu beweisen. Man griff daher zu dem nicht minder grotesken Gedanken, die Souveränität zwischen dem Oberstaat und dem Gliedstaat zu „teilen“. Auch diese Lehre von der geteilten Souveränität verdient kaum eine Widerlegung. Sie ist überhaupt nur unter der irrigen Voraussetzung denkbar, daß Souveränität als Rechtsinhalt aufgefaßt wird. Sie besagt lediglich, daß die Kompetenzen zwischen Ober- und Gliedstaaten aufgeteilt sind, und sagt von der Souveränität überhaupt nichts. Doch wird darauf noch in der Lehre von den Staatenverbindungen zurückzukommen sein. (Vgl. S. 193ff.) In diesem Zusammenhange muß nur jene Theorie erwähnt werden, die heute als die herrschende anzusehen ist, die den Gliedstaaten die Souveränität abspricht, ihnen den Staatscharakter aber dadurch erhält, daß die Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates fallen gelassen wird.

C. Der nichtsouveräne Staat.

Es soll sonach souveräne und nichtsouveräne Staaten geben. Allein wann ist ein Staat souverän und wann ein nichtsouveränes Gemeinwesen ein Staat? Schon die ganze Problemstellung muß nach dem bisher Gesagten als verfehlt erkannt werden. Die Problemlösung ist es aber auch darum, weil diese Theorie zwar das Souveränitätsmoment angeblich aus dem Staatsbegriff ausscheidet, dabei aber nicht darauf verzichten will, den Staat gegenüber den ihm eingegliederten Verbänden, speziell der Gemeinde oder der autonomen Provinz, wesentlich, d. h. absolut zu differenzieren. Der Staat kann zwar — da er nicht notwendig souverän sein muß — eine höhere Ordnung, einen höheren Verband — den Oberstaat im Bundesstaat — über sich haben. Aber gegenüber den ihm untergeordneten Verbänden unterscheidet er sich doch wesentlich. Eine grundsätzliche inhaltliche Differenz muß zwischen dem Staat und den ihm eingegliederten, untergeordneten Verbänden nicht bestehen. Diese Verbände sind ebenso „Herrschaftsverbände“ wie der Staat, sie haben wie er Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz, ihre besonderen Gesetzgebungs- und Vollziehungsorgane, sie können insbesondere alle Funktionen des Staates, als des Ganzen, für bestimmte örtliche Teilbereiche — als Teilordnungen — als Staatsteile, Staatsorgane, in Unterordnung unter das Staatsganze vereinigen. Jeden Inhalt, den die staatliche Gesamtordnung haben kann, kann auch die Teilordnung — von der Gesamtordnung ermächtigt, delegiert, übertragen — haben. Nur durch diese Unterordnung, diese Differenz in der Rangordnung der Geltung, nicht aber hinsichtlich des Geltungsinhalts besteht ein Unterschied. Eben darum kann ja der Staat nur dann seinen Teilordnungen, den ihm eingegliederten, untergeordneten Verbänden gegenüber wesentlich differenziert werden, wenn er als umfassendes Ganze, d. h. als höchste Ordnung vorausgesetzt wird. Und er muß jede Möglichkeit einer wesentlichen Differenz verlieren, wenn über ihm eine höhere, ihn mit anderen Staaten zusammenfassende Ordnung, wenn über ihm ein Verband möglich ist, dem er ebenso eingegliedert ist wie ihm selbst die Gemeinden, und dem gegenüber er selbst nur Teilordnung, nicht Ganzes ist. Der Verzicht auf die Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates bedeutet, daß dieser nicht als eine absolut höchste, sondern nur als eine relativ hohe Stufe der Rechtsordnung angesehen wird. Daß daher zwischen den als „Staat“ angesprochenen Verbänden und anderen nicht eine wesentlich qualitative, sondern nur eine quantitative Differenz bestehen und daher gar nicht mehr gefragt werden kann, wodurch der Staat sich von einer Gemeinde wesentlich unterscheidet. Zwischen einer Gemeinde und einem

sogen. Gliedstaat im Bundesstaate ist dann eben kein wesentlicher Unterschied mehr.

Die Theorie, die auf Souveränität als Wesensmerkmal des Staates verzichtet, dennoch aber nach einer Wesensdifferenz gegenüber der Gemeinde sucht, will den Staat auf der einen Seite relativieren, auf der anderen Seite aber wieder verabsolutieren. Das ist unmöglich. Und daher ist denn auch nicht zu verwundern, daß in dem Kriterium, das diese Theorie als Differenz des — nichtsouveränen — Staates gegenüber den ihm eingegliederten Verbänden aufstellt, in Wahrheit das Souveränitätsmoment — wenn auch terminologisch verkleidet — wieder auftritt. Der Verzicht auf das Merkmal der Souveränität ist nur ein scheinbarer. Das Bedürfnis nach Verabsolutierung des Staates erweist sich als stärker. Und das ist ja angesichts der bedeutenden politischen Interessen, die sich hinter diesem Prinzipe verbergen können, zu begreifen, wenn auch nicht zu rechtfertigen. Die „Wissenschaft" vom Staat wird dadurch in ärgste Verwirrung gestürzt und zu einem Tummelplatz kniffiger Rabulistik herabgewürdigt.

D. Staat und Gemeinde.
(Das Kriterium des Staates.)

Welches ist nun das Kriterium, das den Staat wesentlich von allen nicht staatlichen Verbänden unterscheiden soll, ohne Souveränität zu sein? Schon in einem anderen Zusammenhange wurde der Theorie Erwähnung getan, nach der die Verbandsgewalten oder Verbände in herrschende und nicht herrschende eingeteilt werden. Nicht souveräne Gewalt, sondern Herrschafts-Gewalt soll nämlich das Kriterium des Staates sein. Worin aber besteht das Wesen der „Herrschaft", wenn dem Staat eingegliederte Autoritätsverbände — wie die Gemeinde — unzweifelhaft Herrschaft üben, Zwangsakte setzen? Wenn die Herrschaft, die die Gemeinde ausübt, nicht eigentlich Staatsgewalt ist, so soll das darum der Fall sein, weil es kein „eigenes" Herrschaftsrecht ist, das die Gemeinde ausübt, sondern ein ihr vom Staate verliehenes. Staatsgewalt ist Herrschergewalt aus „eigener" Macht, bzw. aus „eigenem" Recht. Das Wesen der Staatsgewalt ist, daß sie „ursprünglich", von keiner höheren Gewalt abgeleitet, von keiner über ihr stehenden Autorität verliehen ist. Nur in Konsequenz dieser Position wird dann als Wesen des Staates auch angegeben, daß er „eigene", nämlich selbständige Organe haben müsse. Es ist leicht zu zeigen, daß damit nichts anderes zum Ausdruck gebracht wird, als daß die staatlichen Rechtsordnung als höchste, daß über ihr keine höhere Ordnung vorausgesetzt wird, kurz daß sie souverän sein muß. Denn wenn über einer Ordnung eine höhere angenommen wird, dann muß die niedere Ordnung in ihrer Geltung als von der höheren abgeleitet, dann muß — in der üblichen Personifikation ausgedrückt — die niedere Gewalt als von der höheren Gewalt verliehen oder delegiert angesehen werden: Gleichgültig ob die Inhaltsbestimmung der niederen Ordnung innerhalb der von der höheren festgesetzten Schranke — und ist eine höhere Ordnung überhaupt da, muß auch eine Schranke für den Geltungsbereich der niederen gesetzt sein — ausschließlich von „eigenen", selbständigen Organen der niederen erfolgt, gleichgültig ob sich diese Inhaltsbestimmung nicht nur auf die Festsetzung der bedingenden Tatbestände, sondern auch der Zwangsfolgen erstreckt, gleichgültig ob die Inhaltsbestimmung der niederen Ordnung nicht nur auf dem Gebiete der Vollziehung, sondern auch auf dem der Gesetzgebung innerhalb der von der höheren Ordnung gesetzten Schranken durch die „eigenen" Organe der niedern Ordnung zu geschehen hat. „Eigen" sind die Gesetzgebungs- oder Vollziehungsorgane nach herkömmlicher Anschauung dann, wenn die niedere Ordnung ihre Berufung zu bestimmen hat, besonders: wenn sie daher von den der niederen Ordnung Unterworfenen selbst berufen werden. Natürlich kann sich die Delegation einer niederen durch eine höhere Ordnung auch darauf beziehen. Oder mit anderen Worten: Auch wenn die niedere Ordnung innerhalb der

ihr von der höheren gezogenen Schranken hinsichtlich der die Normen der niederen Ordnung erzeugenden und vollziehenden Organe diesen Inhalt hat, muß die niedere Ordnung in ihrer Totalgeltung auf die höhere zurückgeführt, als von der höheren abgeleitet gelten. Denn die Delegation umfaßt die niedere Ordnung in ihrem gesamten Inhalt; diese muß daher in ihrer Gänze als Teilordnung der höheren gelten und die „eigenen" Organe der niedern Ordnung sind darum nur unmittelbar eigene Organe der niederen, sie sind mittelbar — vermittelt durch die Delegation — auch Organe der höheren Ordnung. So wie die Funktion eines Teils auch Funktion des Ganzen sein muß. Die Zurechnung muß letztlich zur Einheit der Gesamtordnung führen. Daß aber so zugerechnet werden muß — Delegation, Ableitung, Verleihung usw. sind ja nur Ausdrücke für diese Zurechnung — bedeutet nichts anderes als die Beziehung auf die Einheit eines Gesamtsystems, als welches die „höhere" Ordnung gegenüber der „niederen" fungiert, die, sofern sie als niedere qualifiziert, sofern über ihr eine höhere angenommen wird, als innerhalb eines Gesamtsystems stehend erkannt wird. Es ist daher ein Widerspruch, die staatliche Rechtsordnung als möglicherweise unter einer höheren Ordnung stehend, also innerhalb eines Gesamtsystems als Teilordnung anzunehmen, und dennoch die Zurechnung zur Einheit dieses Gesamtsystems abzulehnen; den Staat als Endpunkt der Zurechnung zu behandeln, indem man seine Ordnung als „eigene", ursprüngliche, nicht abgeleitete erklärt, obgleich er — voraussetzungsgemäß — nur ein Durchgangspunkt der Zurechnung sein kann. Es ist insbesondere auch eine Selbsttäuschung, das innerhalb der vom höheren Verband gesetzten Schranken bestehende „Selbstbestimmungsrecht" des niederen Verbandes als „Freiheit" oder „freie Selbstbestimmung" aufzufassen, und darauf den Staatscharakter oder gar die Annahme einer „beschränkten" Souveränität zu begründen. Diese „Freiheit" ist nicht Freiheit vom höheren Verbande, ist Delegation zur Normsetzung und als solche Organqualifikation. In diesem Sinne hat jede untergeordnete Person bis zu einem gewissen Grade ein Selbstbestimmungsrecht, so insbesondere die Gemeinde; hat auch die zum Abschluß von Rechtsgeschäften delegierte Partei eine gewisse Autonomie. Verzichtet man auf das absolute Kriterium der Souveränität, dann sind nur mehr quantitative Differenzen festzustellen.

Es ist ein Abgleiten von der Theorie der „ursprünglichen", „eigenen" Herrschermacht — die ein formales Kriterium ist — wenn auch hervorgehoben wird, zum Wesen des Staates — im Gegensatz zu den nicht staatlichen Verbänden — gehöre, daß er alle wesentlichen materiellen Funktionen einer Staatsgewalt, nämlich Gesetzgebung und Vollziehung haben müsse. Ganz abgesehen von der sehr relativen Grenze, die zwischen Gesetzgebung und Vollziehung besteht — auch Verordnungen sind Gesetze im materiellen Sinne — haben Gemeinden und autonome Provinzen sowohl Gesetzgebungs- als Vollziehungskompetenz, d. h. die Kompetenz, durch generelle wie durch individuelle Normen den Inhalt der Teilordnung zu bestimmen, ohne daß die Theorie darum von „Staaten" sprechen würde. Auch kann im Bundesstaate den Glied-„Staaten" nur ein Teil der vollziehenden „Gewalt", nämlich nur die Verwaltung zustehen, die Gerichtsbarkeit aber ganz fehlen, und auch die Gesetzgebung auf ein solches Minimum eingeschränkt sein, daß ebenso gut nur von einem durch ein Kollegialorgan auszuübenden Verordnungsrecht gesprochen werden könnte, das man üblicherweise zur Vollziehung rechnet. Sobald man auf den Inhalt abstellt, gibt es nur fließende Übergänge.

§ 22. Staat und Völkerrecht.

A. Der eigene und der fremde Staat.

Der Versuch, den Staat wesentlich gegenüber den nicht staatlichen Verbänden zu differenzieren, führt somit notwendig zum Souveränitätsdogma. Allein mit

dieser Erkenntnis ist die üblicherweise gestellte Frage: Ist der Staat souverän, läßt er sich von nichtstaatlichen Verbänden prinzipiell unterscheiden, nicht beantwortet. Die Antwort auf diese Frage aber lautet: Daß zwei verschiedene juristische Hypothesen möglich sind, von denen die eine den Staat, als die einzelstaatliche Ordnung, als höchste Ordnung, die andere das Völkerrecht als eine noch über den Staaten stehende Ordnung voraussetzt. Man kann sie als die Theorien vom Primat der staatlichen Rechtsordnung und vom Primat der Völkerrechtsordnung bezeichnen.

Geht die auf die Welt des Rechts gerichtete Erkenntnis — die juristische Konstruktion, wie man gewöhnlich sagt — von der dem Erkennenden zunächst liegenden, ihn unmittelbar berührenden Rechtsordnung des eigenen Staates, richtiger: der eigenstaatlichen Rechtsordnung aus, und wird alle sich darbietende Rechtserscheinung auf diesen Ausgangspunkt wie auf ein starres Grundmaß bezogen, so ist damit jene erkenntnistheoretische Position bezogen, die die Souveränität des Staates oder den Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung bedeutet. Dabei ist es keineswegs eine bloß vorläufige Annahme, sondern erweist sich in einem letzten Sinne als endgültig, daß der eigene Staat, von dem der juristische Betrachter ausgeht, sozusagen zum Staat schlechthin wird. Dieser eigene „Staat" ist eine historisch individualisierte Rechtsordnung. Solange die so eingestellte Betrachtung auf diesen eigenen Staat, die eigenstaatliche Rechtsordnung beschränkt bleibt, ist Souveränität dieses Staates kein Problem, denn sie versteht sich von selbst. Da im Blickfelde dieser Betrachtung kein Recht, kein rechtliches Phänomen liegt, das nicht ohne weiteres als Element der eigenstaatlichen Rechtsordnung begriffen werden könnte, da es also zunächst nur eine einzige staatliche Rechtsordnung gibt, ist ein Zweifel daran gar nicht möglich, daß dieser Staat souverän sei, daß über ihm keine höhere Ordnung, keine höhere Macht existiere. Die Problematik dieses Standpunktes beginnt erst, sobald die Betrachtung über die eigenstaatliche Rechtsordnung, d. h. über dasjenige Gebiet, das man bisher gewöhnlich als eigenstaatliche Rechtsordnung angesehen hat, hinausgeht und sich Objekte darbieten, die man aus irgendeinem Grunde als „Recht", ebenso als Recht wie die eigenstaatliche Rechtsordnung zu begreifen gedrängt ist, ohne daß man sie aber ohne weiteres als Bestandteile der eigenstaatlichen Rechtsordnung ansprechen kann. Daß die Welt des Rechts nicht an den Grenzen der eigenstaatlichen Rechtsordnung endet, das zeigt sich zunächst in der Existenz anderer „Staaten". Zwar die erste Reaktion solchem Phänomen gegenüber ist die gleiche wie die des Primitiven allem Fremden, Neuen gegenüber: Man negiert es! Diese fremden Staaten, das sind gar keine eigentlichen „Staaten" in dem Sinne, wie man von seinem eigenen Staate spricht, ihre Ordnung ist keine „Rechts"ordnung; das sind Barbarenhorden, Rudel von Lebewesen, deren gegenseitige Beziehungen zunächst nicht so gedeutet werden können wie die des eigenen Volkes. Wenn sie schon als natürliche, sinnlich wahrnehmbare Tatsachen nicht geleugnet werden können, in der Welt des Sozialen, der Staats- und Rechtswelt läßt man sie noch nicht existieren. In demselben Maße aber, in dem man sich doch entschließt, diese Gegenstände zu begreifen, sozial, d. h. als Elemente der Staats- und Rechtswelt zu erkennen, ist eben zur Aufgabe gestellt, diese Barbarenhorden als „Staaten", so wie den eigenen Staat, ihre Ordnung als Rechtsordnung so wie die eigene Rechtsordnung zu deuten. Natürlich handelt es sich bei dem hier angedeuteten Prozeß der Erweiterung des sozialen Bewußtseins nicht bloß, ja nicht einmal vornehmlich um eine Bewegung der sozialen Erkenntnis. Es kommt gewiß nicht nur darauf an, die Barbaren zu begreifen, man will ja mit ihnen handeln, Krieg führen, Ehen schließen usw. Die theoretische Deutung der neuen sozialen Tatbestände mag nur ein ideologischer Reflex dieser sog. realen Beziehungen sein; allein im Rahmen einer Staatstheorie kommt es eben nur auf diesen ideologischen „Überbau" an.

Die Staatslehre hat bisher nicht oder doch nicht genügend erkannt, daß es von

ihrem Standpunkt aus, der ein Standpunkt theoretischer, wenn auch normentheoretischer Erkenntnis ist, nicht möglich ist, zwei oder mehrere staatliche Rechtsordnungen als isolierte Systeme nebeneinander in Geltung stehend anzunehmen. Es ist eine Selbsttäuschung, das Problem mit der landläufigen Vorstellung erledigt zu glauben: hier gilt die eigene staatliche Rechtsordnung und dort die andere, hier existiert der eigene Staat und dort, durch feste Grenzen getrennt, der andere. Man übersieht dabei immer wieder, daß es sich — sobald von Staat oder Recht die Rede ist, sobald außer dem eigenen Staat auch eine andere Gemeinschaft als Staat, als staatliche Rechtsordnung anerkannt wird — nicht um irgendwelche Seinstatsachen, nicht um das Faktum handelt, daß Menschen, von irgendwelchen Normvorstellungen motiviert, sich in bestimmter Weise verhalten, sondern um die Geltung von Normsystemen. Nicht, daß die auf das Sein tatsächlichen Geschehens gerichtete Betrachtung auf die Einheit ihres Gegenstandes verzichten könnte. Nur ist das Einheitsprinzip, auf das diese Betrachtung hinführt, das Kausalgesetz, und die von diesem Standpunkt postulierte Einheit die Einheit des Naturgeschehens überhaupt. Die notwendige Einheit aber, die vom normativen Betrachtungsstandpunkt, als der auf die Erkenntnis geltender Normen gerichteten Betrachtung postuliert wird, ist die notwendige Einheit des normativen Systems. Zwei Ordnungen können als Rechts-Ordnungen nicht als gültig behauptet werden, ohne daß ihre Geltung irgendwie auf einen einheitlichen Geltungsgrund zurückgeführt wird. Schon die Vorstellung, die das Gegenteil auszusagen scheint, daß der eigene Staat hier, der andere dort existiere, birgt in sich den Gedanken, daß die beiden Ordnungen in ihrer Geltung gegenseitig begrenzt seien, daß die eine nur hier, die andere nur dort gelte, und setzt so stillschweigend eine die Geltungsbereiche bestimmende Norm oder Ordnung voraus. Und tatsächlich hat auch die Staatstheorie dieser unnachgiebigen Forderung aller Erkenntnis nach Einheit seit jeher Rechnung getragen. Ohne daß sie sich freilich bei ihren diesem Zwecke dienenden Aufstellungen des eigentlich erkenntnistheoretischen Charakters derselben bewußt geworden wäre. Wenn man lehrt, daß ein Staat, um als solcher in der Rechtsgemeinschaft der Staaten zu gelten, von den anderen Staaten, daß er, um speziell dem eigenen Staate gegenüber als Staat zu gelten, von diesem „anerkannt" sein müsse, so ist mit dieser Anerkennungstheorie die Einheit des Rechtssystems vom Standpunkte des Primats der eigenstaatlichen Rechtsordnung erzielt. Kraft der vom eigenen Staat ausgehenden, in dessen Ordnung begründeten „Anerkennung" gilt für ihren, d. h. für einen bestimmten fest abgegrenzten Bereich die fremde staatliche Ordnung; deren Geltung ist sohin letztlich auf die eigene staatliche Rechtsordnung zurückgeführt. In der „Anerkennung" delegiert diese für einen bestimmten Bereich die fremde Ordnung und bleibt so — sich zur Universalordnung ausdehnend — die allein souveräne. Gerade in dieser Anerkennungstheorie bewährt sich der Satz, daß die Souveränität des einen Staates mit der jedes anderen unvereinbar ist.

B. Die Anerkennung des Völkerrechts durch den eigenen Staat. (Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung.)

Nicht nur die Normenkomplexe anderer Staaten, auch das Völkerrecht wird der von der eigenstaatlichen Rechtsordnung ausgehenden Erkenntnis zunächst als ein rechtlicher Fremdkörper gegeben, um erst im weiteren Verlaufe als „Recht" aufgegeben zu werden. Und auch diesem Normkomplex gegenüber bewährt sich die Tendenz nach Einheit des Rechtssystems im Sinne des Primates eigenstaatlicher Rechtsordnung in der Weise, daß die Normen des Völkerrechts, um für den eigenen Staat Geltung zu haben, von diesem „anerkannt" werden müssen. Das Völkerrecht, das bestimmte Richtungen menschlichen Verhaltens regelt, wird als eine von der eigenen, souveränen und sohin grundsätzlich zur Regelung aller Belange kompetenten Rechtsordnung delegierte Ordnung gedeutet.

Daß das Völkerrecht nur Staaten, nicht aber die Untertanen der Staaten, d. h. Menschen verpflichtet, ist allerdings ein fast allgemein verbreiteter Irrtum der Völkerrechtstheorie. Daß das Völkerrecht den „Staat" verpflichtet, bedeutet nämlich gar nichts anderes, als daß es Menschen zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, daß aber diese Menschen zu bestimmen, in die Kompetenz der einzelstaatlichen Rechtsordnung fällt. Diese von der einzelstaatlichen Rechtsordnung bestimmten Menschen sind Organe des Staates; möglicherweise haben aber die Menschen, deren Verhalten durch das Völkerrecht normiert und die durch die einzelstaatliche Rechtsordnung bestimmt werden, keine Organqualität im üblichen engeren Sinne des Wortes. Nur der Schleier der Personifikation kann diesen Tatbestand verdecken. Wenn das Völkerrecht keine Menschen verpflichtet, nicht menschliches Verhalten zu seinem Inhalt hat, dann verpflichtet es überhaupt nicht! Allerdings scheint es, als ob dies tatsächlich der Hintergedanke der Theorie wäre, die nur Staaten, nicht Menschen als Subjekte des Völkerrechts gelten lassen will. Nur indem das Völkerrecht das gegenseitige Verhalten der Organe und Untertanen verschiedener Staaten regelt, regelt es die zwischenstaatlichen Beziehungen!

Und sofern es positiv-rechtlich das Völkerrecht ist, das die Beziehungen zwischen den Staaten regelt, das ihre Geltungsbereiche gegenseitig abgrenzt, das insbesondere auch die Anerkennung des neuen Staates durch die alten statuiert, wird all dies mittelbar in die eigenstaatliche Rechtsordnung verlegt, soferne eben das ganze Völkerrecht — vermittels der Theorie von der notwendigen Anerkennung desselben seitens des Eigenstaates — seinen Geltungsgrund nur in der eigenstaatlichen Rechtsordnung findet. Die Anerkennung des anderen Staates durch den eigenen mag darum immerhin als Inhalt eines positiven Rechtssatzes — des Völkerrechts nämlich — gelten. Die vom Eigenstaat ausgehende „Anerkennung" des Völkerrechts als dessen Geltungsgrund ist eine rechtstheoretische Annahme, selbst dann, wenn die eine oder andere Staatsverfassung die Anerkennung des Völkerrechts auch positiv-rechtlich normiert. Denn daß diese einzelstaatliche Rechtsordnung den Ausgangspunkt der Rechtserkenntnis bilde, und daß daher Völkerrecht nur auf Grund dieser einzelstaatlichen Ordnung gelten könne, Delegation des Völkerrechts von seiten dieser Ordnung nötig ist, das kann eben darum nicht positiv-rechtlich normiert sein, weil es Voraussetzung der positiven Rechtssatzung ist. Die Anerkennung des Völkerrechts von seiten des Staates ist ebenso nur eine „Annahme" wie die Begründung der Geltung der staatlichen Rechtsordnung für das Individuum auf dessen „Anerkennung". In beiden Fällen muß die Theorie mit der Fiktion „stillschweigender" Anerkennung arbeiten. Indem aber die Geltung des Völkerrechts und sohin mittelbar oder unmittelbar auch die Geltung der fremdstaatlichen Ordnungen auf die eigenstaatliche Rechtsordnung zurückgeführt, alle diese Rechtsmassen in den Kreis der eigenstaatlichen Rechtsordnung einbezogen werden, ist deren Geltungsgrund zugleich die Quelle allen Rechtes überhaupt. Das heißt: Die durch diesen Geltungsgrund individualisierte eigenstaatliche Rechtsordnung erscheint formal als eine alle materiell differenzierten Normenkomplexe umfassende Universalrechtsordnung, material — oder in einem engeren Sinn — aber als eine dieser material besonders qualifizierten Normenkomplexe.

C. Völkerrecht als äußeres Staatsrecht.

In Konsequenz dieser Auffassung wird vom Standpunkt der Souveränität des Staates aus das Völkerrecht als äußeres Staatsrecht qualifiziert oder — wie man sich auszudrücken pflegt — staatsrechtlich konstruiert. In der Terminologie der Selbstverpflichtungstheorie ausgedrückt: Da der Staat nur durch seinen eigenen Willen gebunden werden kann — was nur besagt, daß der Staat souverän ist — muß auch die als völkerrechtlich bezeichnete Verpflichtung des Staates auf dessen Willen zurückgeführt, muß die völkerrechtliche Norm als Inhalt des einzelstaatlichen Willens

nachgewiesen werden. Nimmt man nun Anerkennung des historisch irgendwie gewordenen Völkerrechts durch den Staat an, dann bleibt die materiellrechtliche Bestimmung der zwischenstaatlichen Beziehungen von dieser Konstruktion gänzlich unberührt; nur die Deutung nach dem Geltungsgrunde ist dadurch in bestimmter Weise charakterisiert. Insbesondere kann nicht behauptet werden, daß die Auffassung des Völkerrechtes als äußeren Staatsrechtes die Möglichkeit vertraglicher Bindung des Staates ausschließe. Mit dem ganzen Völkerrecht ist auch dessen wichtigster Rechtssatz, pacta sunt servanda, „anerkannt", in den Willen des Staates aufgenommen, Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung geworden. Der völkerrechtliche Vertragsrechtssatz bedeutet: Unter der Bedingung, daß die durch zwei staatliche Rechtsordnungen hierzu ermächtigten Organe ein bestimmtes Verhalten der Organe bzw. der den beiden Ordnungen normunterworfenen Menschen vereinbaren, soll von Völkerrechts wegen vereinbarungsgemäß gehandelt, bzw. unterlassen werden. Der Vertrag ist der Normsetzungsakt, den das Völkerrecht in dem Sinne einsetzt, daß die so erzeugten Normen insolange gelten, bis sie wieder durch Vertrag aufgehoben werden, sofern ihre Geltung nicht schon vereinbarungsgemäß befristet ist. Auch wenn die Geltung des Völkerrechts auf den eigenen Willen des Staates zurückgeführt wird, kann dieser — hat er das Völkerrecht anerkannt — von einem einmal geschlossenen Vertrag nicht einseitig abgehen. Ohne Personifikation gesprochen: Jedes vertragswidrige Verhalten ist ebenso zu beurteilen wie etwa verfassungswidrige Gesetzgebungsakte oder gesetzwidrige Verordnungs- oder sonstige Vollzugs-, kurz: wie sonst normwidrige Rechtssetzungsakte.

So konsequent verhältnismäßig das Prinzip der Staatssouveränität gegenüber dem Völkerrecht in der sog. staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts durchgeführt wurde, so ist es doch in bezug auf das Problem des Verhältnisses des eigenen, souveränen Staates zu den anderen staatlichen Rechtsordnungen nicht eigentlich bis zu Ende gedacht worden. Auch vom Standpunkt des Souveränitätsdogmas glaubte man nämlich an der Annahme einer Vielheit koordinierter, einander nebengeordneter und dabei souveräner Staaten festhalten zu können. Gerade diese Vorstellung hat eine außerordentliche Bedeutung im juristischen Weltbilde. Ein Verzicht auf sie scheint tatsächlich nur schwer möglich zu sein. Allein sie ist unvereinbar mit der Annahme einer Souveränität des Eigenstaates. Ist dieser, dann ist nur er souverän, und dann können die anderen Staaten ihm nicht als gleichgestellt, sondern nur als ihm unterstellt, d.h. als von ihm delegierte Ordnungen erscheinen. Ist die eigenstaatliche Rechtsordnung souverän, dann ist sie die Gesamtordnung, der gegenüber alle Fremdstaaten nur als Teilordnungen und eben darum nicht als souverän gelten können. Gewiß, man kann die juristische Konstruktion ebenso von dieser wie von irgendeiner anderen einzelstaatlichen Ordnung aus durchführen, kann, von jedem beliebigen Staate ausgehend, zu dem Gesamtsystem des Rechts gelangen, kann dieses in jedem beliebigen Einzelstaate gipfeln lassen. Aber solches Unternehmen ist jeweils immer nur von einem Standpunkt möglich und schließt dann alle anderen aus. Die Souveränität des einen Staates ist mit der Souveränität jedes anderen Staates unvereinbar. Und sofern Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates gilt, dann ist allerdings ein sicheres Kriterium gewonnen, das den „Staat" von den nichtstaatlichen Verbänden scheidet, dann kann aber auch neben dem eigenen Staat überhaupt kein anderes Gemeinwesen gleicherweise als „Staat" angesehen werden. Souveränität macht den Staat nicht nur zu einem höchsten, sondern, weil zu einem alle anderen umfassenden, so auch zu einem einzigen Gemeinwesen, indem sie die Einheit des Rechtssystems konstituiert.

D. Der Primat der Völkerrechtsordnung.

Sieht man in der Vorstellung einer Vielheit koordinierter Staaten einen wesentlichen Gehalt des Völkerrechts, dann bedeutet allerdings die vom Souveräni-

tätsprinzip bestimmte staatsrechtliche Konstruktion des Völkerrechts dessen Denaturierung. Und tatsächlich berühren sich vielfach die Tendenzen jener, die das Völkerrecht staatsrechtlich, d. h. als äußeres Staatsrecht konstruieren, mit jenen, die das Völkerrecht überhaupt leugnen, die den unter diesem Namen auftretenden Normen den Charakter von Rechtsnormen absprechen. Zu diesem letzteren Resultate muß die Annahme einer Souveränität der eigenstaatlichen Ordnung zweifellos dann führen, wenn man die in mancher Hinsicht ja gewiß sehr problematische Fiktion einer Anerkennung des Völkerrechts durch den Eigenstaat ablehnt. Das gilt nicht so sehr hinsichtlich des Vertragsrechtssatzes, der schon durch die seitens der staatlichen Verfassung an bestimmte Organe regelmäßig erteilte Ermächtigung zum Abschluß von Staatsverträgen, schon mit diesem Begriff des Staatsvertrags selbst als in die eigenstaatliche Rechtsordnung aufgenommen gelten kann. Das trifft hauptsächlich auf andere Normen des Völkerrechts zu, deren Inhalt nicht durch Vertrag, nicht durch den Willen der verpflichteten Staaten bestimmt wird, und hinsichtlich deren ein Anerkennungsakt des Staates schwer nachzuweisen ist. Soll auch das nicht vertragsmäßige Völkerrecht und sohin auch der Vertragsrechtssatz selbst als objektive, von dem Willen der verpflichteten Staaten unabhängige Rechtsnorm gelten, soll vor allem die Vorstellung einer Koordination der historisch als Staaten geltenden Gemeinwesen möglich und die Vorstellung einer Subordination aller unter einen allein als souverän geltenden Staat ausgeschlossen sein, dann muß die juristische Erkenntnis von einem Primat der Völkerrechtsordnung, d. h. von der Annahme ausgehen, daß die als Völkerrecht bezeichneten Normen eine über allen „Staaten" stehende, sie alle in ihrem Geltungsbereich gegenseitig abgrenzende, sohin alle gleich-ordnende und als Teilordnungen umfassende Totalrechtsordnung sei. Das bedeutet aber, daß unter dieser Voraussetzung kein Staat als souverän, dafür aber alle als gleichermaßen der Völkerrechtsordnung oder Völkerrechtsgemeinschaft untergeordnet erscheinen, auf die allein Souveränität bezogen werden kann. Das bedeutet aber weiter, daß jeder prinzipielle Unterschied zwischen dem Staat und den nichtstaatlichen, dem Staat eingegliederten Verbänden verschwindet, daß als Staat nur ein relativ höchster, nämlich nur der Völkerrechtsordnung unterstellter Verband angesehen werden kann, ohne daß dadurch die Möglichkeit ausgeschlossen wäre, daß sich auch zwischen die historisch als „Staaten" angesprochenen Verbände und die Völkerrechtsgemeinschaft Zwischenstufen einschieben, die, wie der Bundesstaat, zwischen Gliedstaat und Völkerrechtsgemeinschaft stehen und auch den Charakter von „Staaten" haben. Ja, es steht grundsätzlich nichts im Wege, auch den durch das Völkerrecht konstituierten Verband — so wie das ja schon geschehen ist — als „Staat", als civitas maxima anzusprechen, sobald man erkannt hat, daß der Staat wesentlich eine Rechtsordnung ist. Allerdings nur unter der Voraussetzung, daß mit dieser Bezeichnung der Völkerrechtsgemeinschaft als „Weltstaat" nichts anderes als die Einheit des positiven Völkerrechts und nicht irgendwelches naturrechtlich-politische Postulat hinsichtlich der Weiterbildung der Völkerrechtsordnung ausgedrückt werden soll. Das ist allerdings der Fall, wenn man unter „Staat" nur eine Rechtsordnung versteht, die arbeitsteilig funktionierende Rechtserzeugungsorgane einsetzt und mit dem Schlagworte „Weltstaat" eine solche Gestaltung der Völkerrechtsordnung mit Gesetzgebungs- und Vollziehungsorganen postuliert. Die Frage, ob die Völkerrechtsgemeinschaft Staat sei, darf nur identisch sein mit der Frage, ob das Völkerrecht „Recht" sei.

E. Die Rechtsnatur des Völkerrechts.

Ob aber die als Völkerrecht bezeichneten Normen tatsächlich Rechtscharakter haben, diese vielerörterte Frage muß vor allem in dem Sinne verstanden werden, ob und auf welche Weise dieser Normenkomplex in das einheitliche System allen Rechts, in die Rechtswelt einbezogen werden kann. Denn nur wenn diese Normen

mit allen anderen als Recht geltenden Normen in die Einheit eines und desselben Systems eingehen, können auch sie als „Recht" bezeichnet werden. Demgegenüber ist es ein sekundärer Gesichtspunkt, ob die als Völkerrecht bezeichneten Normen auch ein Zwangsmoment enthalten. Gerade darauf richtet sich allerdings die Diskussion über die Natur des Völkerrechts. Wie gewöhnlich schiebt sich dabei an Stelle der Frage, ob der Zwang Inhalt der Völkerrechtssätze, diese also zwangsanordnende Normen seien, die Frage, ob und bis zu welchem Grade das Völkerrecht faktisch erzwungen werde; und man schließt aus der Tatsache, daß es häufig verletzt wird, ohne daß darauf mit Zwangsakt reagiert würde, daß es kein „Recht" sei. Nach all dem bisher Gesagten erübrigt sich eine Widerlegung dieser ganz oberflächlichen Argumentation. Festgestellt sei nur, daß der Rechtscharakter des Völkerrechts selbst dann nicht in Frage gestellt sein müßte, wenn sich als Inhalt der üblicherweise als Rechtsnormen formulierten Sätze kein Zwangsmoment nachweisen ließe. Denn es wäre noch dahingestellt, ob es sich dabei um vollständige Rechtssätze oder nur um Rechtssatz-Bestandteile handelte, die erst in Verbindung mit komplementären Sätzen der einzelstaatlichen Rechtsordnung vollständige Rechtssätze ergeben. Bestände das Völkerrecht z. B. lediglich aus dem Satze: pacta sunt servanda, so bedeutete dies — wie schon früher angedeutet — die Einsetzung einer Rechtsquelle, einer Rechtsautorität, so wie etwa der Satz: Den Gesetzen des Monarchen soll Gehorsam geleistet werden. In die Form des vollendeten Rechtssatzes gebracht: Unter der Voraussetzung, daß es der Monarch als Gesetz anordnet, soll, wenn jemand stiehlt, der Richter ihn strafen. Wird ohne diese Voraussetzung bestraft, so ist der Akt nichtig, Nicht-Rechtsakt. Eine andere Frage ist, ob das Verhalten des Richters durch einen anderen Rechtssatz unter (disziplinäre) Strafe gestellt ist. Die die Rechtserzeugung betreffenden Bestimmungen statuieren zunächst nicht Tatbestände, deren kontradiktorischer Gegensatz mit Zwangsakt verknüpft ist; sie sind also in erster Linie nicht Verpflichtungen, statuieren kein rechtliches Sollen, sondern ein rechtliches Können. Es sind Tatbestände, ohne die Rechtsakte nicht entstehen können. Auf ihr Nichteintreten wird mit Nichtigkeit, nicht mit Zwangsakt reagiert. Allerdings können diese Tatbestände überdies zum Inhalt von Organpflichten gemacht, das Setzen von fehlerhaften Rechtsakten, richtiger Schein-Rechtsakten, oder das Nicht-Setzen von postulierten Rechtsakten kann unter Strafe gestellt werden. Bestünde also das Völkerrecht nur aus der Rechtserzeugungsnorm, derzufolge der Vertrag als Rechtsquelle eingesetzt wird, so würde damit nur eine Delegation zur Erzeugung staatlichen Rechts gesetzt, und damit nur ein gemeinsamer Tatbestand für vollständige Rechtssätze der einzelstaatlichen Rechtsordnung geschaffen. Vertragswidriges Verhalten der Organe wäre nichtig, und damit allein schon die Rechtsnatur des Satzes, pacta sunt servanda, als eines Teil-Rechtssatzes gesichert. Daß vertragswidriges Verhalten der Organe auch unter (staatliche) Strafe gesetzt wird, wäre nur noch ein übriges.

Indes gibt es auch Völkerrechtssätze, die unmittelbar das Verhalten bestimmter Menschen bestimmen und auch tatsächlich unter eine spezifische Sanktion stellen. Diese Sanktion ist der Krieg. Er ist auch auf vertragswidriges Verhalten gesetzt und so vertragsmäßiges Verhalten zur spezifischen Völkerrechtspflicht gemacht. Daß dieser Zwangsakt nicht von besonderen, zu seiner Realisierung ausschließlich befugten Organen, sondern von dem in seinen Interessen, seiner Ansicht nach, rechtswidrig verletzten Staat und daher ohne ein den Unrechtstatbestand objektiv feststellendes Verfahren zu setzen ist, das ist zweifellos ein rechtstechnischer Mangel des Völkerrechts, das eben darum als ein höchst primitives Recht gelten muß. Aber es ist kein Grund, dem Völkerrecht den Rechtscharakter abzusprechen; wenn nur feststeht — und daran kann nicht gezweifelt werden — daß der Krieg im Sinne der ihn statuierenden Normen des Völkerrechts nur als Reaktion gegen eine Völkerrechtsverletzung, d. h. unter ganz bestimmten, vom Völkerrecht gesetzten Bedin-

gungen zulässig ist. Daß der Eintritt dieser Bedingungen von dem Interessenten selbst festzustellen, daher in hohem Masse zweifelhaft sein kann, ob der Zwangsakt Rechtsrealisierung oder neues Unrecht ist, macht keinen qualitativen, nur einen quantitativen Unterschied gegenüber der einzelstaatlichen Rechtsordnung aus. Denn auch in deren Bereich läßt sich, trotz eingehenden Prozeßverfahrens, niemals absolut feststellen, ob der die Bedingung des Zwangsaktes bildende Unrechtstatbestand gegeben sei. Und selbst wenn kraft positiver Rechtsnorm die Tatbestandsfeststellung in einem bestimmten Verfahrensstadium endgültig gemacht, als Bedingung des Zwangsaktes somit nur diese endgültige Feststellung zu gelten hat, so kann doch noch immer zweifelhaft bleiben, ob die Bestimmungen über das letztinstanzliche Verfahren beachtet, ob daher dessen Akte rechtmäßig oder rechtswidrig sind. Auch die einzelstaatliche Rechtsordnung ist nicht imstande, die Normgemäßheit der Staatsakte absolut zu garantieren, gänzlich auszuschließen, daß ein nichtiger Akt als Rechtsakt gelte. (Vgl. S. 248.)

F. Der Staat als Tatbestand des Völkerrechts.

Geht man vom Primat des Völkerrechts aus, dann setzt man dieses als eine über den Einzelstaaten stehende Rechtsordnung voraus, denn dann liegt nicht, wie bei der Theorie vom Primat der eigenstaatlichen Ordnung, der Geltungsgrund des Völkerrechts im Willen des Staates, sondern umgekehrt dessen Geltungsgrund in der Völkerrechtsordnung, im „Willen" der Völkerrechtsgemeinschaft. Wie schon aus früher Gesagtem hervorgeht, drückt sich der die Einheit der staatlichen Rechtsordnung konstituierende Geltungsgrund als eine Norm aus, durch die eine oberste Autorität, eine Rechtsquelle eingesetzt wird. Diese Norm hat, vom Standpunkt des Primats der eigenstaatlichen Ordnung, hypothetischen Charakter: Die Grundnorm ist nicht selbst gesatzt, sondern von der Rechtserkenntnis vorausgesetzt. Geht man vom Primat der Völkerrechtsordnung aus, dann muß sich in deren Bereich ein positiver Rechtssatz finden, in dem die obersten Rechtsautoritäten der einzelstaatlichen Rechtsordnungen eingesetzt und — was für die theoretische Grundnorm im Falle des Primats staatlicher Ordnung nicht zutrifft — ihre Geltungsbereiche grundsätzlich gegeneinander abgegrenzt werden. Mit anderen Worten: Was vom Standpunkt des Primats der staatlichen Rechtsordnung rechtstheoretische Hypothese, das ist vom Standpunkt des Primats der Völkerrechtsordnung positiver Rechtssatz. Die die Einheit begründende rechtstheoretische Voraussetzung wird gleichsam um eine Stufe hinausgeschoben; es ist die die Völkerrechtsordnung und mit ihr die Einheit des totalen Rechtssystems konstituierende Grundnorm, die Ursprungshypothese des Völkerrechts.

Der den Geltungsgrund der einzelstaatlichen Rechtsordnung und sohin deren Individuationsprinzip darstellende Völkerrechtssatz findet sich tatsächlich in jener Norm des Völkerrechts, die bestimmt, unter welchen Bedingungen ein Staat als solcher völkerrechtlich existent sei. Man drückt das gewöhnlich in der Weise aus, daß man erklärt, das Völkerrecht bestimme die Bedingungen, unter denen ein Staat als Subjekt des Völkerrechts, als Glied der Völkerrechtsgemeinschaft „anerkannt" werde. Der dem Primat der staatlichen Rechtsordnung entsprechenden Theorie von der notwendigen Anerkennung des Völkerrechtes seitens des Staates steht nämlich die dem Primat der Völkerrechtsordnung korrespondierende Theorie gegenüber, daß der Staat der Anerkennung seitens der Völkerrechtsgemeinschaft bedürfe. Daß beide Anerkennungstheorien einander ebenso ausschließen wie die beiden Hypothesen, denen sie entsprechen, versteht sich von selbst. Nichtsdestoweniger werden sie doch von den meisten Autoren verbunden und nebeneinander vorgetragen. Die Anerkennung des in die Völkerrechtsgemeinschaft eintretenden Staates erfolgt — richtiger Auffassung nach — nicht durch individuelle Willenserklärungen der die Völkerrechtsgemeinschaft schon bildenden Staaten, sondern durch einen generellen

Rechtssatz. Es ist die ganz allgemein als Völkerrechtssatz angenommene, etwa in der Weise formulierte Norm: Ein Staat im Sinne der Völkergemeinschaft ist dann gegeben, wenn sich eine unabhängige Herrschergewalt über Menschen innerhalb eines bestimmten Gebietes etabliert, mit anderen Worten: wenn faktisch eine keiner anderen als der Völkerrechtsordnung unterstellte Zwangsordnung menschlichen Verhaltens für einen bestimmten Bereich wirksam wird. In welcher Weise diese Herrschergewalt konstituiert, d. h. die Rechtsordnung erzeugt wird, ob demokratisch oder autokratisch, welchen Inhalt diese Ordnung annimmt, das bleibt ihr vom Völkerrecht überlassen; nach diesen Richtungen wird sie delegiert, mit den Einschränkungen freilich, die sich aus dem Inhalt der unmittelbar menschliches Verhalten regelnden Völkerrechtssätze und auch sonst hinsichtlich des räumlichen und zeitlichen Geltungsbereiches aus den völkerrechtlichen Bestimmungen ergeben. Damit ist nicht etwa nur die Existenz des Staates für das Völkerrecht oder nur die rechtliche Existenz des Staates, damit ist — vom Standpunkt des Primats der Völkerrechtsordnung — der Staat überhaupt bestimmt, d. h. jener Grundtatbestand normiert, der die Basis aller Rechtstatbestände innerhalb des Systems der einzelstaatlichen Rechtsordnung bildet. Damit ist die Entstehung des Staates, die vom Standpunkt des Primats eigenstaatlicher Rechtsordnung ein metarechtliches Problem bleibt, ebenso zu einem Rechtsproblem geworden wie etwa innerhalb der einzelstaatlichen Rechtsordnungen die Entstehung eines Vereines. Auf diese Analogie ist schon in der bisherigen Literatur wiederholt hingewiesen worden. So wie die einzelstaatliche Rechtsordnung an den Tatbestand gewisser menschlicher Willensäußerungen spezifischen Inhalts als Vereinsgründung, so knüpft das Völkerrecht an einen von ihm umschriebenen Tatbestand, der als Entstehung des Staates, Eintritt eines Staates in die Völkerrechtsgemeinschaft bezeichnet wird, gewisse Rechtsfolgen, und zwar eben jene, die den immanenten subjektiven Sinn des Tatbestandes darstellen, der dadurch rechtlich objektiviert wird. Bilden sich faktisch gewisse Normvorstellungen und werden sie faktisch bis zu einem gewissen Grade wirksam, dann soll, von Rechts wegen, eben geschehen, was diese Normvorstellungen besagen: Das Völkerrecht verleiht den tatsächlichen Herrschaftsakten Rechtscharakter und sohin erst den eigentlichen Charakter einer „Herrschaft"; oder mit anderen Worten: Der immanente Sinn einer Sollordnung, mit dem gewisse faktische Handlungen auftreten, wird — unter gewissen Bedingungen — vom Völkerrecht legitimiert, diese Sollordnung zur Rechtsordnung, und zwar innerhalb der vom Völkerrecht gezogenen Schranken zur Teilordnung des universalen Rechtssystems erhoben. So bestimmt auch die einzelstaatliche Rechtsordnung, daß Rechtens sein soll, was Parteien miteinander faktisch vereinbaren, und delegiert diese so — innerhalb bestimmter Schranken — zur Rechtserzeugung. Das Besondere der Delegierung der einzelstaatlichen Rechtsordnung durch das Völkerrecht besteht nur darin, daß unter den vom Völkerrecht für die Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung normierten Bedingungen ein gewisser Grad von Wirksamkeit der die Ordnung beinhaltenden Akte aufgenommen ist. Das ist mit dem Gegensatz von Sein und Sollen keineswegs unvereinbar. Dieser ist lediglich aufgehoben, wenn als gesollt nur gilt, was ist, und alles was ist, als gesollt gilt. Der Satz: wenn a ist, soll b, ist nur dann sinnlos, wenn a = b, und behält so lange den Sinn eines von einem Seins-Satze verschiedenen Soll-Satzes, als a sich von b noch irgendwie unterscheidet, wenn auch sonst a mit b weitgehend übereinstimmt. Das Völkerrecht sagt in seinem den Einzelstaat anerkennenden Satz nicht: wenn A befiehlt und B immer gehorcht, soll A befehlen und B immer gehorchen, sondern: wenn A befiehlt und B meistens gehorcht, dann soll A befehlen und B immer gehorchen.

Daraus, daß die den Grundtatbestand des Staates bestimmende Völkerrechtsnorm einen gewissen Wirksamkeitsgrad zum Norminhalt hat, ist nicht nur der Geltungsbeginn, ist auch das Geltungsende der staatlichen Rechtsordnung völkerrechtlich bestimmt. Wenn nämlich die staatliche Rechtsordnung das vor-

geschriebene Minimum an Wirksamkeit verliert, weil sich etwa an Stelle der bisher wirksamen Ideologie eine andere geschoben hat — Revolution — dann beginnt nach Völkerrecht die Geltung des Sachgehalts der neuen, das vorgeschriebene Minimum an Wirksamkeit aufweisenden Ideologie. Es ist ein allgemein anerkannter Völkerrechtssatz, daß die siegreiche Revolution, der siegreiche Usurpator zur legitimen Staatsgewalt wird. Wenn Revolution soviel bedeutet wie Bruch der Rechtskontinuität, wenn der Begriff der Revolution ausdrücken soll, daß sich die einzelstaatliche Rechtsordnung nicht nach ihrem immanenten Gesetz gewandelt hat, sondern durch eine andere ersetzt wird, die sich nicht aus der früheren nach deren die Normänderung betreffenden Bestimmung ableiten läßt, so bedeutet das — steht man auf dem Standpunkte des Primates des Völkerrechts — nicht, daß die Änderung gesetzlos, sondern nur, daß sie nicht nach dem Gesetz der einzelstaatlichen Rechtsordnung, vielmehr nach dem Gesetz der höheren Stufe, dem Gesetz des Völkerrechts vollzogen wurde, so daß die Rechtskontinuität nur relativ gebrochen, daß sie letztlich gewahrt und so die Einheit des Rechtssystems auch in der Zeit erhalten bleibt. Die Vorstellung aufeinander folgender, miteinander rechtsgesetzlich nicht verbundener Rechtsschichten wird so vermieden. Vom Standpunkte des Primats eigenstaatlicher Rechtsordnung allerdings führt kein Weg aus der geltenden zu einer ihr zeitlich vorangehenden, durch Revolution, d. h. mit Rechtsbruch verdrängten Staatsordnung.

§ 23. Das Verhältnis der beiden juristischen Grundhypothesen zueinander und ihre Bedeutung.

A. Die juristische Gleichwertigkeit beider Hypothesen.

Beide hier entwickelten juristischen Hypothesen müssen vom Standpunkt einer Theorie des positiven Rechts als gleichwertig angesehen werden. Es ist nicht möglich, der einen oder der anderen aus juristischen Gründen den Vorzug zu geben. Denn es handelt sich dabei um Voraussetzungen der Rechtstheorie. Es mag ohne weiteres zugegeben werden, daß vom Standpunkt des Primats der eigenstaatlichen Rechtsordnung gewisse Tatbestände oder Normen, die subjektiv mit dem Anspruch auftreten, als Recht begriffen zu werden, objektiv eine solche Deutung nicht erfahren können. So z. B. die nicht vertraglich gesetzten Völkerrechtsnormen (die vertraglich gesetzten können, sofern die Staatsverfassung den Staatsvertrag als Rechtsquelle einsetzt, auch vom Standpunkt des Primats der eigenstaatlichen Rechtsordnung, nämlich als Bestandteil dieser Rechtsordnung, rechtlich erfaßt werden). So insbesondere das Prinzip, daß die Identität des Staates durch revolutionären Verfassungsbruch nicht berührt wird; so die Vorstellung der Koordination der Staaten (daher ein Vertrag zwischen dem eigenen und einem fremden Staat vom Standpunkt des Primats der eigenstaatlichen Rechtsordnung ähnlich zu deuten ist, wie etwa eine Vereinbarung zwischen dem Staat und einer ihm eingegliederten und in diesem Sinn subordinierten, nicht koordinierten Gemeinde). Allein es gibt innerhalb des Bereiches juristischer Erkenntnis schlechterdings keine objektive Nötigung, die vom Standpunkt des Primats eigenstaatlicher Rechtsordnung nicht als Rechtssätze erfaßbaren Normen dennoch als solche gelten zu lassen und Tatbeständen den Rechtscharakter zuzuerkennen, sofern dies von diesem Standpunkte aus unmöglich ist. Kann doch sogar gegen denjenigen, der dem ganzen Völkerrecht den Rechtscharakter abspricht, kein zwingendes Gegenargument vorgebracht werden. So wie ja auch ein Anarchist nicht gezwungen werden kann, die vom Standpunkt des Primats der eigenstaatlichen Ordnung als Recht gedeuteten Tatbestände als solche und nicht als Akte nackter Gewalt zu deuten. Es kann nur die Möglichkeit gezeigt werden, den als Völkerrecht bezeichneten Komplex von Tatbeständen oder Normen innerhalb eines die einzelstaatlichen Rechtsordnungen umfassenden

einheitlichen Systems zu begreifen. Das als Recht zu deutende Material ist nicht a priori Recht, es wird zum Recht erst durch die Rechtshypothese, vermittels deren es gedeutet wird.

Den durchaus hypothetischen Charakter, den das einheitliche Rechtssystem solcherart erhält, kann man auch dadurch nicht vermeiden, daß man versucht, die Einheit des Völkerrechts und der einzelstaatlichen Rechtsordnungen im allgemeinen und die „Einheit des rechtlichen Weltbildes“ auf Grundlage des Völkerrechtes als eines überstaatlichen Rechtes im besonderen durch den Nachweis einer dem Rechtsmaterial immanenten Beziehung, eines sogenannten „rechtsatzmäßigen“ Zusammenhanges zwischen Völkerrecht und einzelstaatlichen Rechtsordnungen sicherzustellen. Das geschieht in der Weise, daß man staatliche Rechtsakte aufweist, die auf das Völkerrecht als überstaatliches Recht verweisen. (VERDROSS.) Solcher Nachweis ist zweifellos möglich. Der subjektive Sinn des Wortlautes vieler Staatsverträge geht sicherlich dahin, daß die Norm „pacta sunt servanda“ als Rechtsnorm, und zwar als Rechtsnorm eines über den vertragschließenden, als koordinierten Parteien stehenden Rechtssystems vorausgesetzt wird. Allein ist dieser subjektive Sinn auch objektiv legitimiert? Ist die in diesem Rechtsakt ausgesprochene Theorie der vertragschließenden Menschen — und nichts anderes liegt vor — auch richtig? Es gibt Rechtsakte, die eine entgegengesetzte Theorie zum Ausdruck bringen; so wenn z. B. in eine Staatsverfassung der Satz aufgenommen wird: das Völkerrecht wird zum Bestandteil der Verfassung erklärt; von den zahlreichen Rechtsakten nicht zu reden, in denen die absolute Souveränität des Staates behauptet wird. Ist eine Verfassung schon darum republikanisch, weil sie sich selbst als solche bezeichnet? Ist ein Staat ein Bundesstaat, weil es in der Verfassung behauptet wird? Da Rechtsakte in der Regel in Worten gesetzt werden, können sie über ihre eigene Bedeutung etwas aussagen. Das ist ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen dem Material rechtswissenschaftlicher, ja sozialwissenschaftlicher Erkenntnis überhaupt, und dem Material naturwissenschaftlicher Erkenntnis. Ein Stein sagt nicht: ich bin ein Tier. Den Rechtssinn, den gewisse menschliche Akte subjektiv zu haben beanspruchen, von vornherein als den objektiven zu nehmen, ist eine petitio principii. Denn ob sie überhaupt Rechtsakte sind und welches ihre Stellung im Rechtssystem, ihre Bedeutung für andere Rechtsakte ist, das hängt von der Grundhypothese ab, vermittels deren das sie deutende Schema erzeugt wird. Und ebenso ist es eine petitio principii, wenn die Existenz eines überstaatlichen Völkerrechts aus der Tatsache erschlossen wird, daß es Rechtsnormen gibt, das sogenannte völkerrechtliche Gewohnheitsrecht zum Beispiel, die nicht in einem staatlichen Verfahren zur Erzeugung gelangen. Denn daß die so erzeugten Normen Rechts-Normen, daß die sie erzeugenden Akte keine staatlichen Akte sind, solche Behauptung ist von vornherein nur unter einer Hypothese möglich, von der aus diese Normen schon als Rechts-Normen, diese Akte als nicht staatliche Akte gedeutet werden. Für jemanden, der diese Hypothese nicht akzeptiert, gibt es weder solche Rechtssätze, noch solches nichtstaatliches Verfahren.

B. Die Vermengung beider Hypothesen.

Darum sind es nicht juristische Gründe, aus denen man der einen oder der anderen der beiden hier in ihren Konsequenzen dargelegten juristischen Hypothesen den Vorzug geben kann. Jedenfalls muß man sich aber für die eine oder die andere entscheiden. Es gehört zu den bedenklichsten Mängeln der bisherigen Staats- und Völkerrechtstheorie, daß sie die beiden miteinander schlechthin unvereinbaren Voraussetzungen juristischer Erkenntnis durchgehend vermengt und Konsequenzen der einen mit Ergebnissen verbindet, die nur auf Grund der anderen möglich sind, die Souveränität des Staates behauptet und zugleich mit der Vorstellung eines über den Staaten stehenden Völkerrechts operiert.

Unzulässig ist auch der Versuch, die beiden einander ausschließenden Standpunkte des Primats der eigenstaatlichen und jenes der Völkerrechtsordnung miteinander in der Weise zu verbinden, daß man gegenseitige Delegation des Völkerrechts und der einzelstaatlichen Rechtsordnung annimmt und daraus die Koordination beider Systeme deduziert: Die einzelstaatliche Rechtsordnung delegiere das Völkerrecht (als äußeres Staatsrecht), aber andererseits delegiere auch das Völkerrecht die einzelstaatliche Rechtsordnung. Also sei keine der anderen untergeordnet, demnach beide einander gleichgeordnet. Dies wäre der Versuch, die Einheit des Betrachtungsstandpunktes durch seinen konstanten Wechsel zu ersetzen. Das die Voraussetzung ad absurdum führende Resultat wäre nicht, daß beide Rechtsordnungen einander koordiniert — solches ist nur möglich, wenn sie einer dritten gemeinsam untergeordnet — sondern daß jede der anderen zugleich unter- und übergeordnet wäre, d. h. zugleich von der anderen als delegiert und als sie delegierend angesehen werden müßte, in der anderen ihren Geltungsgrund fände und zugleich für sie den Geltungsgrund abgäbe; eine petitio principii.

C. Die dualistische Konstruktion.

Völlig unmöglich ist auch der Versuch, den beiden in gleicher Weise auf die Einheit des Rechtssystems zielenden Theorien dadurch zu entgehen, daß man die staatliche Rechtsordnung und das Völkerrecht als zwei voneinander gänzlich unabhängige, einander gar nicht berührende Normkreise, daß man an Stelle einer monistischen eine dualistische Konstruktion durchführt, die aber, weil man dann auch auf eine durch das Völkerrecht vermittelte Beziehung der eigenstaatlichen Rechtsordnung zu den fremdstaatlichen Rechtsordnungen verzichten muß, eigentlich in einen Rechtsplurismus ausartet. Eine Vielheit gegeneinander räumlich wie zeitlich isolierter Rechtsmassen ist darum eine unvollziehbare Vorstellung, weil es unmöglich ist, diese verschiedenen Normsysteme alle gleicherweise als gültige Rechtsordnungen anzunehmen, ohne sie auf einen und denselben ihnen allen den gleichen Rechtscharakter verleihenden Geltungsgrund zurückzuführen. Faßt man speziell das Völkerrecht als ein von der staatlichen Rechtsordnung verschiedenes, zu ihr rechtlich beziehungsloses Normensystem, so wie es etwa die Moralordnung im Verhältnis zur Rechtsordnung ist (und die Leugner des Völkerrechts betonen ja meist, daß das Völkerrecht eine Art Moral sei), so muß man die Konsequenz ziehen und vom Standpunkt juristischer, d. h. nur auf das Recht gerichteter Erkenntnis jede Art von Geltung völkerrechtlicher Normen ausschließen, so wie vom juristischen Standpunkt aus keinerlei Moralnorm als solche berücksichtigt werden kann. Der — heute freilich noch sehr beliebte — Ausweg muß mit aller Entschiedenheit abgelehnt werden: daß man sich nämlich als Jurist auf die Geltung völkerrechtlicher Normen, wenn auch als Normen geringerer Bedeutung, beruft, sobald man an ihrer Geltung interessiert ist; daß man ihre Geltung — wegen mangelnden Rechtscharakters — in Abrede stellt, sobald das gegenteilige Interesse vorliegt. Wenn es überhaupt ein Kriterium für Wissenschaftlichkeit der auf Staat oder Recht gerichteten Erkenntnis gibt, so ist es die Einheit des Erkenntnisstandpunktes. Es ist zugleich die Einheit des als Staat oder Recht bezeichneten Systems.

D. Die erkenntnistheoretische Bedeutung der beiden Hypothesen.

Die beiden hier entwickelten Theorien, die vom Primate der staatlichen Rechtsordnung und jene vom Primate des Völkerrechts, sind — als zwei verschiedene Voraussetzungen der Rechtserkenntnis — erkenntnistheoretische Hypothesen. Der letzten Bedeutung und des spezifischen Wertes einer jeden von ihnen wird man erst ganz bewußt, wenn der innige Zusammenhang erhellt, in dem die Erkenntnistheorie des Rechts mit der allgemeinen Erkenntnistheorie steht, wenn man einsieht, daß die beiden in ihren äußersten Konsequenzen dargestellten juristischen Hypo-

thesen nur besondere Anwendungen der beiden allgemeinsten erkenntnistheoretischen Grundprinzipien überhaupt sind. Damit aber wächst der vorliegende Gegensatz juristischer Konstruktion zu dem Gegensatz subjektivistischer und objektivistischer Erkenntnis und so letztlich zu einem Gegensatz der Weltanschauungen.

Wenn die Theorie vom Primate der staatlichen Rechtsordnung den eigenen souveränen Staat, d. h. die eigene staatliche Ordnung als höchstes, nicht weiter ableitbares Normensystem zur Voraussetzung und so zum Ausgangspunkt juristischer Erkenntnis nimmt, und andere „Staaten" nur begreift, soferne sie von der eigenen staatlichen Ordnung „anerkannt", delegiert, d. h. aber nur als Teilordnungen, als Bestandteile der eigenen staatlichen Ordnung aufgefaßt werden, so daß diese sich über alle anderen staatlichen Rechtsordnungen als Universalordnung ausdehnt; wenn daher die anderen Ordnungen oder Gemeinwesen jenes spezifischen Charakters entbehren müssen, der die eigene, den Ausgangspunkt der Konstruktion bildende Ordnung — und nur diese — gerade als Staat qualifiziert, nämlich die Souveränität, deren universale Einheit mit dem Anspruch auf Ausschließlichkeit auftritt; wenn somit das souveräne Staatssubjekt, auf dessen, ja in dessen Willen mit den übrigen Gemeinwesen die als Völkerrecht bezeichnete Ordnung ruht, als einziges sich behauptet: so ist dies ein Bild — mehr als ein Bild — jener subjektivistischen Erkenntnistheorie, die, um die Welt zu begreifen, vom eigenen Ich ausgeht und dabei doch niemals über das eigene Ich hinauskommen kann, indem sie die ganze Sinnenwelt, die Natur, nur als die Vorstellung, die ganze Welt der Werte nur als den Willen dieses eigenen Ichs verstehen kann, so das eigene souveräne Ich zum Universum dehnend, dabei aber unfähig, das andere Subjekt, das mit dem gleichen Anspruch auf Souveränität auftretende Nicht-Ich, das auch ein Ich sein wollende „Du" in seiner Eigenart als Zentrum des Universums zu begreifen, weil unfähig, seinen Souveränitätsanspruch zu honorieren; denn steht die Einheit auf dem Ich, ist das Ich einzig. Die Ausschließlichkeit der Souveränität, die Einzigkeit des souveränen Staaten-Ich ist nur die Analogie, ist mehr als die Analogie der unentrinnbaren solipsistischen Konsequenz des Subjektivismus.

Die subjektivistische Völkerrechtstheorie, die dem Staat als Subjekt die übrige Rechtswelt als Objekt entgegensetzt und vermittels der Anerkennungstheorie dieses Objekt als Funktion des Subjekts auflöst, findet bei der nicht zu übersehenden Relativität des Gegensatzes von Subjekt und Objekt ihre natürliche Fortsetzung und Ergänzung (oder von einem anderen Ende gesehen: ihren Anfang und Ausgangspunkt) in der Lehre, die den Staat auf, ja in dem Willen des Einzelmenschen gründet, das Recht als staatliche Rechtsordnung mit der „Anerkennung" durch den Untertan, durch das menschliche Individuum rechtfertigt. Und so wird — nicht nur im Bilde der Analogie, sondern tatsächlich und unmittelbar — die Welt des Wertes, und zwar speziell die Welt des Staates oder Rechtes, das Weltrecht oder der Weltstaat, zunächst zum Willen der Einzelstaaten oder zum Bestandteil der eigenen staatlichen Rechtsordnung, dann aber mit dem eigenen Staat, mit der eigenen staatlichen Rechtsordnung zum Willen desselben Subjektes, als dessen Vorstellung die Welt der Natur gilt.

Wenn demgegenüber eine objektivistische Weltanschauung, um zum Ich zu gelangen, von der Welt ausgeht, wenn sie eine objektive Weltvernunft, einen Weltgeist voraussetzt, dessen Subjektivationen oder Konkretisationen, dessen nur sehr ephemere und vorläufige Erscheinungsformen die erkennenden und wollenden Individuen sind, deren Geister nur als integrierende Teile des universellen Weltgeistes, deren erkennende Vernunft nur Ausstrahlungen der höchsten Weltvernunft, deren Ichs nur Lehen des allein souveränen Welt-Ich, einander koordiniert und gleichartig, nicht aber wie im Subjektivismus das Du dem Ich wesensfremd und unbegreiflich gegenüberstehen: so ist dies nur das Bild, das Vorbild der für die Rechtswelt gültigen Hypothese einer Weltrechtsordnung, der auf der Objektivität des Rechts fußenden

Theorie vom Primat des Völkerrechts, unter dem die einzelstaatlichen Rechtsordnungen zwar als koordinierte, gleichartige und gleichgeordnete Gemeinwesen, aber — als bloße Teilordnungen — nicht mehr als „Staaten" im Sinne von Gesamtordnungen, von höchsten souveränen Subjekten zu einer höchsten Einheit, zur Allheit der allein souveränen civitas maxima zusammengefaßt werden. Das Individuum ist bloßer Schein, lehrt der Objektivismus. Und die juristische Theorie, die den Primat des Völkerrechts behauptet, weil sie die letzte Konsequenz der Objektivität des Rechts zieht, muß nicht nur den Einzelstaatssubjekten, als vorläufigen Personifikationen von objektiven Teilordnungen, den Charakter endgültiger und höchster Einheiten absprechen; sie muß — folgerichtig fortgesetzt — auch die „physische" Person, das „natürliche" Rechtssubjekt schließlich auf sein Substrat: einen Bestandteil der objektiven Rechtsordnung reduzieren und — wie dies in anderem Zusammenhange gezeigt wurde — als Personifikation einer Teilordnung auflösen.

Ohne damit eine Entscheidung zwischen beiden Weltanschauungen treffen zu wollen, muß doch hervorgehoben werden, daß die subjektivistische Rechtsanschauung letzten Endes zu einer Negation des Rechtes überhaupt und sohin der Rechtserkenntnis, der Rechtswissenschaft führen muß. Denn das unverlierbare Wesen des Rechts, seine ganze Existenz liegt in der Objektivität seiner Geltung. Es ist nur eine Tautologie, wenn hinzugefügt wird, daß der Staat, daß ein Kollektivum nur einer kollektivistischen oder universalistischen, das ist eben einer objektivistischen Grundanschauung gegeben ist. Die der Theorie vom Primate der staatlichen Rechtsordnung innewohnende subjektivistische Tendenz führt von ihrer Grundposition zur Leugnung des Völkerrechts und von hier zur Negation der Rechtsidee — zumindest in dieser Sphäre — und zur Behauptung des reinen Machtstandpunktes. So wie ja der gleiche Gedanke konsequent auf die Sphäre des staatlichen Rechts übertragen, als Primat des Individuums zur Negation des Rechtes überhaupt und zur Proklamation der Machtidee auf der ganzen Linie drängt. Die meisten die Rechtswissenschaft in Frage stellenden Argumentationen gehen letztlich von einem subjektivistischen Prinzipe aus.

Exkurs.

Staat und Kirche.

Ein teilweise ganz ähnliches Problem wie jenes, das sich in dem Verhältnis von Staat und Völkerrecht darstellt, tritt in dem Verhältnis von Staat und Kirche auf. Unter „Kirche“ ist eine Ordnung des religiösen Lebens der Menschen, d. h. ihres auf die Verehrung einer Gottheit gerichteten Verhaltens zu verstehen. Wird das Verhältnis zur Gottheit als höchster Zweck vorausgesetzt, dem sich alle anderen Zwecke unterzuordnen haben, dann ist die Kirche eine Ordnung des gesamten menschlichen Lebens unter dem obersten Gesichtspunkt der religiösen Idee.

Solange diese Ordnung nicht als Zwangsordnung, d. h. aber als Rechtsordnung auftritt, ist ein Problem, ist das spezifische Problem des Verhältnisses von Staat und Kirche gar nicht gegeben. Als ein Inbegriff bloß sittlich-religiöser Normen steht die Kirche — man spricht dann richtiger nur von Religion — der staatlichen Rechtsordnung nicht anders gegenüber wie irgendein anderes Moralsystem. Vom Standpunkt einer auf die staatliche Rechtsordnung gerichteten Betrachtung kann die Existenz, d. h. die Geltung solcher religiöser Normen nur insoweit behauptet werden, als sie von der staatlichen Rechtsordnung anerkannt sind, sofern die staatliche Rechtsordnung auf sie verweist oder sie sonst wie in sich aufnimmt. Zum Problem wird das Verhältnis von Staat und Kirche erst dadurch, daß die das religiöse Leben regelnden Normen Rechtsnormen werden, d. h. die religiöse Ordnung in demselben Sinne als Zwangsordnung menschlichen Verhaltens auftritt wie der Staat; und somit die Frage entsteht, in welcher Weise diese Rechtsmasse mit jener der staatlichen Rechtsordnung, bzw. der einzelstaatlichen Rechtsordnungen und des Völkerrechtes zu einem einheitlichen Rechtssystem verbunden werden kann.

Ist die Kirche Rechtsordnung, dann ist sie Staat; zumal wenn die kirchliche Ordnung arbeitsteilig funktionierende Organe zur Realisierung der von ihr normierten Zwangsakte einsetzt. Sie ist dann ein Staat besonderer Art: eine staatliche Ordnung, die das menschliche Verhalten unter besonderer Berücksichtigung des religiösen Momentes, der Gottesverehrung, reguliert. Das Verhältnis von „Staat“ und „Kirche“ ist dann das Verhältnis des historisch allein als „Staat“ bezeichneten, nicht auf religiöse, sondern auf andere Zwecke abgestellten Gemeinwesens, zu dem historisch als „Kirche“ bezeichneten Staat. Ist die Kirche aber nur Teilrechtsordnung, dann ist sie Teil eines Staates.

Aus der hier vertretenen Grundeinstellung ergibt sich, daß das sogen. Kirchenrecht mit der Kirche als Rechtsordnung zusammenfällt; daß das Kirchenrecht nicht — wie immer wieder behauptet wird — ein vom „Staate“ unabhängig entstandenes und existentes Recht ist, sondern daß auch in diesem Falle Rechtsordnung und Staatsordnung identisch sind; daß nur die unzulässige Einengung des Staatsbegriffes auf die lediglich oder hauptsächlich nicht religiösen Zwecken dienende Rechtsordnung den Schein eines vom „Staate“ unabhängigen Rechtes hervorruft, während es sich in Wahrheit nur um ein von diesem Staate unabhängiges Recht handelt, das man ebenso gut als einen vom weltlichen Staat verschiedenen Religionsstaat bezeichnen könnte. Die Kirchenrechtsordnung ist eben — sofern sie nicht Bestandteil einer „staatlichen“ Ordnung (im engeren Sinne des Wortes einer nicht auf den religiösen Zweck, als Hauptzweck, gerichteten Ordnung) ist, selbst ein

Staat, freilich ein Staat spezifischen Inhalts. Der katholische Kirchenstaat und die jüdische Theokratie sind Beispiele dafür.

Unrichtig ist auch die vielfach verbreitete Anschauung, Staat und Kirche seien so wesensverschiedene Gemeinschaften, daß sie überhaupt unter keiner höheren Einheit zusammengefaßt werden können; denn der Staat regle nur die irdischen, diesseitigen, die Kirche aber die überirdischen, jenseitigen Beziehungen der Menschen. Allein, wie jede Ordnung, als ein System von Normen, kann auch die kirchliche Ordnung nur menschliches Verhalten zum Gegenstand haben, und kann — als erkennbare Ordnung — nur das irdische, diesseitige Verhalten der Menschen als den allein erkennbaren Gegenstand regulieren. Daß die kirchliche Ordnung ein solches Verhalten der Menschen statuiert, von dem die Normsetzer glauben, daß es in einem jenseits aller menschlichen Erkenntnis liegenden Bereich bestimmte Folgen haben werde, ist für die Erkenntnis des überhaupt erkennbaren kirchlichen Normensystems selbst von keiner anderen Bedeutung, wie die Beurteilung der Zwecke und Motive der als Staat bezeichneten weltlichen Rechtsordnung. Das selbst dann, wenn die kirchliche Ordnung nur als ein System sittlich-religiöser Normen auftritt. Spricht man aber der Kirche den Charakter einer Rechtsordnung zu, dann ist damit auch schon der Anspruch gestellt, diesen Rechtskomplex mit allen anderen Rechtsmassen in dem einheitlichen System des Rechtes zu begreifen.

Darum ist es logisch unmöglich, zuzugeben, daß die Kirche — trotz ihrer auf das Jenseits zielenden Zwecke — eine Rechtsordnung sei oder eine Rechtsordnung habe, zugleich aber zu behaupten, daß über Staat und Kirche niemals eine gemeinsame Ordnung rechtlichen Charakters bestehen könne. Es ist nicht so, wie von maßgebenden Autoren gelehrt wird, daß sich Staat und Kirche in ihren Wirkungskreisen gar nicht oder überhaupt nur darum berühren, weil sie zum Teil dieselben Angehörigen hätten, und daß — da es ganz verschiedene Bereiche seien, die Staat und Kirche regeln — ein Konflikt zwischen beiden nicht oder nur ausnahmsweise, auf gewissen Grenzgebieten höchstens, eintreten könne, die beide für sich in Anspruch nehmen. Woraus dann gewisse Kirchenrechtslehrer die Konsequenz ziehen zu können glauben, daß Staat und Kirche zwei koordinierte Gemeinwesen seien, die beide, — und zwar jedes für sein sachliches Geltungsgebiet, wenn auch hinsichtlich derselben Menschen und desselben Raumes — souverän seien. Woraus dann weiter folgt, daß ein — wenn auch nur ausnahmsweise möglicher — Konflikt nur als ein Machtkampf beurteilt werden könne, mangels einer gemeinsamen Rechtsordnung nicht rechtlicher Lösung fähig sei. (STUTZ.) Es ist vielmehr so, daß Staat und Kirche als Rechtsordnungen, weil sie ganz oder zum Teil das Verhalten eben derselben Menschen regulieren, und weil beide dabei verschiedene Zwecke verfolgen, notwendigerweise in Konflikt geraten müssen, und zwar keineswegs ausnahmsweise, sondern in mannigfaltiger Hinsicht, da der religiöse Zweck, sofern er von der Kirche als oberster anerkannt wird, notwendigerweise das ganze menschliche Verhalten bestimmen muß. Dieser Konflikt ist nur zu vermeiden, wenn die Kompetenz des Staates und der Kirche gegenseitig abgegrenzt wird. Und diese Grenze muß notwendig eine Rechtsgrenze sein, wenn wirklich Staat und Kirche beide in gleicher Weise Rechtsordnungen sind. Darum ist die eben erwähnte Koordinationstheorie, die sowohl den Staat als auch die Kirche, und zwar jede Ordnung für ihren Bereich, als souverän, d. h. unter keiner höheren, beide gegenseitig rechtlich begrenzenden Ordnung stehend annimmt, unmöglich.

Sofern diese Koordinationstheorie von kirchlicher Seite vertreten wird, geschieht es jedoch mit der stillschweigenden Voraussetzung, daß die — mit der Annahme des Rechtscharakters der Kirche notwendig verbundene — Kompetenzabgrenzung zwischen Staat und Kirche von der Kirche ausgehe, und nur von der Kirche ausgehen könne, die, weil eben der religiöse Zweck allen anderen vorgehe, allein den ihr zur unmittelbaren Normierung bestimmten Bereich abzustecken befugt sei, und

so dem Staat alles übrige überlasse. Damit beansprucht aber die Kirche die Stellung einer den Staat für den ihm überlassenen Bereich delegierenden Ordnung, die als Gesamtordnung über dem Staate steht, den Staat als Teilordnung umfaßt, hinsichtlich deren die Kirche somit nur eine mittelbare Normierung behauptet. Das ist der Standpunkt der katholischen Kirche, die ihrem Wesen nach den Primat über die einzelstaatlichen Rechtsordnungen einschließlich des die zwischenstaatlichen Beziehungen regelnden Völkerrechtes beansprucht. Die Theorie vom Primat der Kirche über den Staat ging früher so weit, daß der katholischen Kirche, bzw. deren oberstem Organ, dem Papste, eine potestas indirecta über die weltlichen Gebiete — zum Unterschied von der potestas directa über die geistlichen — zugesprochen wurde, in deren Ausübung die Akte des Staates hinsichtlich ihres Verhältnisses zur kirchlichen Ordnung einer Kontrolle von seiten kirchlicher Organe unterworfen und kirchenordnungswidrige Akte des Staates sogar kassiert werden konnten. Die Auffassung, daß dem Papst sogar eine potestas directa über die Temporalien zustehe, ist nur während des Mittelalters vertreten worden.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche steht jene, die man als Primat oder Überordnung des Staates über die Kirche bezeichnet. Da nur vom Einzelstaate die Rede ist, kann die kirchliche Ordnung, die unter dem Staate steht, in ihrem räumlichen und personalen Geltungsbereich nicht über die Grenzen des Einzelstaates hinausgehen. Die kirchliche Ordnung ist bloß eine — durch ihren besonderen Inhalt charakterisierte — Teilordnung innerhalb des Gesamtsystems der — im übrigen nicht auf religiöse Zwecke abgestellten — staatlichen Rechtsordnung. Dabei kann die staatliche Rechtsordnung die Befriedigung der religiösen Bedürfnisse gänzlich der freien Betätigung der Menschen überlassen, so daß eine Ordnung des auf religiöse Zwecke gerichteten Verhaltens einer Mehrheit von Menschen nicht anders als durch freie Vereinbarung dieser Menschen, durch freie Vereinsbildung geschaffen werden kann. Die Kirche oder die verschiedenen Kirchen haben dann innerhalb des Staates die Stellung von Vereinen und unterstehen hinsichtlich ihrer Entstehung, Funktion und Beendigung den gleichen Rechtsvorschriften wie andere Vereine. Die kirchliche Ordnung ist hier ein von den Mitgliedern durch Vereinbarung geschaffenes Vereinsstatut, die Kirche ein „privater" Verein, und als solcher ein Stück der Rechtsordnung oder des Staates. Die staatliche Rechtsordnung enthält keine zwingende, inhaltlich irgendwie bestimmte, gesetzliche oder sonst behördlich gesetzte Rechtsnorm betreffend das religiöse Verhalten der Menschen; sie stellt lediglich — im Vereinsrecht — den Untertanen Rechtsformen zur Verfügung, in denen sie sich autonom eine religiöse Ordnung geben können. Normen, die das religiöse Verhalten der Menschen inhaltlich bestimmen, finden sich somit bei diesem System nur in der Sphäre des Rechtsgeschäftes, bzw. der ihm nahestehenden Vereinssatzung. Das Gesetz fordert kein Religionsbekenntnis, macht keine Religion zur Bedingung für ein öffentliches Amt, fordert keinen Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen, sorgt nicht für die Ausbildung oder Entlohnung von Seelsorgern irgendwelcher Konfession usw. Man bezeichnet dieses System, das mehr oder weniger konsequent durchgeführt sein kann, — nicht sehr treffend — als „Trennung von Staat und Kirche".

Ihm am nächsten steht jenes, bei dem die staatliche Rechtsordnung die religiösen Vereine gegenüber anderen insofern privilegiert, als sie jenen, wenn sie gewisse Minimalbedingungen wie: hinreichende Mitgliederzahl, Übereinstimmung der religiösen Vorschriften mit den allgemeinen Moralvorstellungen usw. erfüllen, die Stellung von sogenannten „öffentlich-rechtlichen" Korporationen oder Anstalten einräumt. Das heißt, daß die religiösen Vereine ermächtigt sind, die für ihre Zwecke erforderlichen Ausgaben durch Beiträge zu decken, zu denen die Mitglieder durch eine Norm verpflichtet werden, die von einem durch die Organisation be-

stimmten Organ (eventuell Mehrheitsbeschluß eines Kollegiums) gesetzt wird, und daß die Beitragsleistungen der Mitglieder im Wege der sogen. politischen Exekution erzwungen werden. Der staatliche Zwangsapparat tritt nämlich auf Verlangen der durch die Vereinsorganisation hiezu berufenen Organe gegen die ihre Pflicht nicht erfüllenden Mitglieder in Funktion, ohne daß es vorher einer Leistungsklage vor dem ordentlichen Gerichte und einer Feststellung der nichterfüllten Verpflichtung, bzw. eines rechtskräftigen Urteils des Gerichtes bedürfte. Auch nach anderen Richtungen kann der religiöse Verein ermächtigt sein, derart erzwingbare Pflichten seinen Mitgliedern aufzuerlegen.

Das System der Trennung von Staat und Kirche und jenes der Privilegierung religiöser Vereine ist in der Regel mit dem Grundsatze verbunden, kein religiöses Bekenntnis, wenn es nur sonst mit den Vorschriften der staatlichen Rechtsordnung nicht in Widerspruch steht, rechtlich auszuschließen; andererseits aber auch die Religionslosigkeit, bzw. Nichtzugehörigkeit zu einer religiösen Gemeinschaft nicht zu verbieten. Wo das System der Privilegierung der religiösen Vereine besteht, statuiert die staatliche Rechtsordnung meist an den öffentlichen Schulen für die Angehörigen der privilegierten religiösen Vereine Religionsunterricht obligatorisch, sorgt für die Ausbildung und Entlohnung der Seelsorger entweder aller oder doch gewisser religiöser Gemeinschaften, schreibt für das gerichtliche Verfahren und bei Anstellung staatlicher Beamten eine religiöse Eidesformel vor, regelt den Religionswechsel, überträgt die Matrikelführung den religiösen Korporationen, bzw. den Seelsorgern u. ä.

Besteht nicht — wie in den beiden vorgenannten Fällen — Religionsfreiheit, sondern ist rechtlich nur eine einzige Religion zugelassen und zu ihr alle Untertanen, wenigstens grundsätzlich, verpflichtet, fungieren die mit religiösen Funktionen betrauten Organe — die Priester — nicht als unmittelbare Organe einer Teilordnung innerhalb der staatlichen Rechtsordnung, einer Teilgemeinschaft innerhalb der Rechtsgemeinschaft des Staates, sondern als unmittelbare Staatsorgane wie andere Organe des Staates, erscheint insbesondere das Staatsoberhaupt als oberstes Organ der weltlichen Funktion und als oberster Priester, dann spricht man von Einheit von Staat und Kirche. Je nachdem, ob nach der ganzen Gestaltung der Rechtsordnung der religiöse Zweck sekundäre oder primäre Bedeutung hat, demgemäß die weltlichen oder die geistlichen Organe letzten Endes den Vorrang haben, speziell das Staatsoberhaupt in erster Linie oberster Feldherr, Richter und Verwalter und nur in zweiter Linie Oberpriester ist oder umgekehrt, unterscheidet man das System des Staatskirchentums von jenem des Kirchenstaatstums (oder der sogen. Theokratie). Tritt die religiöse Idee — wie im Katholizismus — mit einem über den Bereich eines Einzelstaates hinausgehenden Geltungsanspruche auf, dann geht die Einheit von Staat und Kirche im Sinne des Kirchenstaatstums in den Primat der Kirche über den Staat, d. h. der einen allumfassenden Universalkirche (als Organisation der nur in ihren irdischen Beziehungen differenzierten Menschheit) über die einzelnen Staaten (als rechtliche Ordnungen der in irdischer Hinsicht differenzierten Teilgemeinschaften) über.

Als ein historischer Rest des ehemaligen katholischen Kirchenstaates besteht positivrechtlich gegenwärtig nur die sogen. völkerrechtliche Persönlichkeit des Papstes. Mit Rücksicht auf sie muß die Möglichkeit von völkerrechtlichen Verträgen zwischen dem Papste und Einzelstaaten betreffend die staatliche Regelung der Angelegenheiten der katholischen Religion anerkannt werden. Diesen Charakter haben die sogen. „Konkordate". Im übrigen hat die katholische Kirche nach geltendem positiven Rechte nur jene Stellung, die ihr innerhalb der einzelstaatlichen Rechtsordnungen gemäß dem System der Trennung von Staat und Kirche oder jenem der Privilegierung der religiösen Vereine zukommt.

Fünftes Kapitel.

Der Geltungsbereich der Staatsordnung. (Die Lehre vom Staatsgebiet und Staatsvolk.)

§ 24. Der räumliche Geltungsbereich der Staatsordnung. (Das Staatsgebiet).

A. Raum und Zeit als Inhalt der Rechtsnorm.

Ist der Staat als ein System von Normen anerkannt, die, wenn auch nicht ausschließlich, so doch wesentlich menschliches Verhalten zum Inhalt haben, so ist damit der Raum — aber auch die Zeit — implicite als Inhalt der Normen mitgesetzt. Das menschliche Verhalten, aber auch alle anderen Tatbestände, die die Normen der staatlichen Ordnung regeln, spielen sich in Raum und Zeit ab. Dem Sinne der Rechtsnorm nach muß ein Mensch irgendwo, in einem möglichen Raum, und irgendwann, in einer möglichen Zeit, einen Tatbestand setzen, damit — wiederum irgendwo und irgendwann — ein anderer Tatbestand als Folge gesetzt werden soll. Die Geltung der die staatliche Ordnung bildenden Rechtsnormen ist somit eine raum-zeitliche Geltung in dem Sinne, daß diese Normen raum-zeitliche Vorgänge zum Inhalt haben. Darin liegt im übrigen kein den Rechtsnormen spezifisches Moment. Vielmehr muß jede Norm, jedes Sollen, das irgendwie menschliches Verhalten zum Inhalt hat, sich mit diesem seinen Inhalt auf Raum und Zeit beziehen, in denen die Handlungen und Unterlassungen der Menschen vor sich gehen. Daß darum der Gegensatz von Sollen und Sein aufgehoben ist, weil Zeit und Raum Anschauungsformen des Seins — als der Naturwirklichkeit — sind, das anzunehmen wäre ein Irrtum. Würde man Raum und Zeit als Inhalt der Rechtsnormen leugnen, würde man also nicht zugeben, daß die Rechtsnorm irgendwo und irgendwann gelte (in dem Sinne, daß sie irgendwo und irgendwann sich abspielende Tatbestände miteinander sollmäßig verknüpft: wenn hier und jetzt etwas geschieht, soll dort und dann etwas anderes geschehen), bedeutete dies, daß die Norm nirgendwo und nirgendwann, also gar nicht gelten würde. Sie hätte keinen möglichen Inhalt und somit auch keine mögliche Geltung. Da aber die zum Inhalt der Norm wesentlichen Momente des Raumes und der Zeit a priori unbegrenzt sind, gilt die Norm, sofern sie nicht selbst in ihrem Inhalt in räumlicher oder zeitlicher Hinsicht Beschränkungen setzt, überall und immer. Wo immer und wann immer der näher bestimmte Tatbestand gesetzt wird, soll auf ihn — wo immer und wann immer die Folge eintreten. Das ist der Sinn der Norm, wenn sie keine besondere Raum- und Zeitbestimmung enthält. Sie gilt dann nicht etwa ohne Raum und ohne Zeit, sondern nur: nicht für einen bestimmten Raum und nur: nicht für eine bestimmte Zeit. Zum Unterschied davon kann die Norm die von ihr verknüpften Tatbestände nach Raum und Zeit näher bestimmen. Sie kann an Tatbestände, die nur innerhalb eines bestimmten Raumes und nur innerhalb einer bestimmten Zeit gesetzt werden, Tatbestände knüpfen, die gleichfalls nur in einem bestimmten Raum und nur zu einer bestimmten Zeit gesetzt werden

dürfen. Es kann somit die Geltung der Norm — in diesem Sinne — räumlich wie zeitlich beschränkt sein.

B. Das Staatsgebiet als räumliche Geltungsbeschränkung der staatlichen Rechtsordnung.

Die Normen, deren Systeme eine einzelstaatliche Rechtsordnung bilden, sind in ihrer Geltung grundsätzlich örtlich beschränkt. Sie gelten nur für ein bestimmtes Gebiet. Die Tatbestände, die sie regeln, sind auch dadurch qualifiziert, daß sie innerhalb eines bestimmten Raumes gesetzt werden müssen. Nur durch eine solche räumliche Geltungsbeschränkung ist es möglich, daß eine Vielheit von einzelstaatlichen Rechtsordnungen nebeneinander in Geltung stehen, ohne bei ihren inhaltlichen Verschiedenheiten miteinander in Konflikt zu geraten. Diese örtliche Geltungsbeschränkung fließt keineswegs aus dem Wesen der Rechtsnorm an sich. Sie kann nur durch positive Satzung erzielt werden. Es ist das Völkerrecht, zu dessen spezifischen Funktionen es gehört, den Geltungsbereich der einzelstaatlichen Rechtsordnungen gegeneinander abzugrenzen. Ja, erst durch diese örtliche Geltungsbeschränkung entsteht der Begriff der einzelstaatlichen Rechtsordnung. Ob man dabei das Völkerrecht als eine über allen einzelstaatlichen Rechtsordnungen stehende, alle gegeneinander in ihrer räumlichen Geltung abgrenzende und daher koordinierende, sie sohin alle umfassende Rechtsordnung, oder ob man vom Standpunkt eines einzigen, des eigenen Staates ausgehend, das Völkerrecht als äußeres Staatsrecht, d. h. nur als Bestandteil der eigenstaatlichen Rechtsordnung konstruiert, die durch Anerkennung anderer Staaten bzw. Rechtsordnungen in bestimmter räumlicher Geltungsbeschränkung delegiert, diese sohin als ihre subordinierte Teilordnung gelten läßt, ist eine andere Frage, die hier nicht weiter in Betracht kommt.

Der Raum, auf den die Geltung der staatlichen Ordnung eingeschränkt wird, ist das sogen. Staatsgebiet. Es ist ein Geltungs-Raum, nicht der Wirkungsbereich der staatlichen Ordnung, der mit dem Begriff des Staatsgebietes gemeint ist. Sein durchaus normativer Charakter zeigt sich deutlich darin, daß darunter nur der Raum verstanden werden kann, innerhalb dessen gewisse Tatbestände, speziell die von der Rechtsordnung normierten Zwangsakte, gesetzt werden sollen, nicht der Raum, innerhalb dessen sie tatsächlich gesetzt werden, wie man mitunter behauptet, wenn das Staatsgebiet als der Schauplatz der faktischen Herrschaft bezeichnet wird. Letzterer, der faktische Raum der faktischen Herrschaftsakte, ist faktisch unbegrenzt. Und ein Gebiet, auf dem ein Staatsakt gesetzt wird, wird dadurch noch nicht zum Staatsgebiet, d. h. zum Gebiet desjenigen Staates, der hier faktisch, aber z. B. völkerrechtswidrig einen Staatsakt gesetzt hat. Daß beim Begriff des Staatsgebietes von der staatlichen Rechtsordnung, dem Staat als Rechtsordnung, gar nicht abgesehen werden kann, das geht auch daraus in unzweideutigster Weise hervor, daß die Einheit des Staatsgebietes — und es ist wesentlich, daß ein Staat auch ein Gebiet hat, daß das Gebiet eines Staates eine Einheit bildet — keineswegs eine natürliche, geographische Einheit ist. Das Staatsgebiet kann aus Teilen bestehen, die durch andere Gebiete getrennt sind, durch Gebiete, die entweder zu anderen Staaten oder überhaupt zu keinem Staate (im engeren Sinne eines „Staatsgebietes") gehören (z. B. durch das offene Meer). Wenn alle diese für eine natürliche Betrachtung in keiner Weise zusammengehörigen Teile ein einheitliches Ganze, ein einziges Staatsgebiet bilden, so ist dies nur darum der Fall, weil sie das Geltungsgebiet einer und derselben Rechtsordnung sind. Die Identität des Staatsgebietes ist nur die Identität der Rechtsordnung. Wie denn die ganze Lehre vom Staatsgebiet rein juristischen Charakter hat und keinerlei naturwissenschaftlich-geographische Erkenntnis beabsichtigt.

C. Staatsgebiet als Fläche oder dreidimensionaler Raum; Staatsgrenze; Staatsgebiet im engeren und weiteren Sinne.

Es gehört zu den Seltsamkeiten des landläufigen Begriffs vom Staatsgebiet, daß man sich dieses als eine Fläche, als ein festabgegrenztes Stück der Erdoberfläche vorstellt, auf dem der Staat sich erhebt, auf dem er — wie ein Körper — aufruht. Allein der Geltungsraum der staatlichen Rechtsordnung — aber auch der faktische Wirkungsbereich der staatlichen Herrschaftsakte — ist offenbar dreidimensional. Nicht nur nach Breite und Länge, auch in die Tiefe und Höhe reicht die Geltung der Rechtsordnung oder, wenn man will, die Wirksamkeit der Staatsgewalt. Die Gebiete der verschiedenen Staaten sind nicht Teile der Erdoberfläche, sind vielmehr kegelförmige Räume, deren Spitzen im Erdmittelpunkt zusammentreffen. Sehr bezeichnend, weil im strikten Widerspruch zu der üblichen Vorstellung allseitiger Begrenztheit des Staatsgebietes, ist die Tatsache, daß das Staatsgebiet nach der Höhe — mangels positiv-rechtlicher Ordnung des Völkerrechts — noch keine feste Grenze hat. Ein dem Gebiet des freien Meeres analoges Gebiet des freien Luftraums gibt es noch nicht. Auch nach der Tiefe kommt eine Grenze wenigstens praktisch nicht in Betracht, da die ideelle Grenze – der Erdmittelpunkt — weit jenseits des heute Erreichbaren liegt.

Aber auch das, was man Staats-„Grenze" schlechthin nennt, die auf der Erdoberfläche verlaufende Grenze des Staates, ist keineswegs, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte, eine absolute, feste, ausnahmslose örtliche Geltungsbeschränkung der staatlichen Ordnung. Zunächst gilt diese Grenze nicht für die bedingenden Tatbestände ganzer Gruppen von Rechtsnormen des eigenstaatlichen Rechtssystems. So sind es insbesondere die strafbaren Tatbestände, die nach den einzelnen Strafrechtsordnungen, auch wenn sie außerhalb des Staatsgebietes gesetzt werden, mit Strafe bedroht werden. Die sogen. Staatsgrenze gilt vor allem, wenn auch keineswegs ausschließlich, für den bedingten Tatbestand des Zwangsaktes und seine verfahrensmäßige Vorbereitung (Verwaltungsbefehl, gerichtliches Urteil usw.). Da das Recht eine zwanganordnende Norm — oder der Staat ein Zwangsapparat — ist, kommt es vor allem darauf an, die die verschiedenen Rechtsordnungen vollziehenden Zwangsakte gleichsam zu rayonieren, um Konflikte zu vermeiden. Indes ist die das Staatsgebiet umschließende Grenze auch hinsichtlich der Zwangsakte keineswegs absolut. Es gibt sehr mannigfache Ausnahmen, zahlreiche Fälle, in denen staatliche Hoheitsakte auch außerhalb des engeren Staatsgebietes gesetzt werden dürfen. Die Küstengewässer des meerangrenzenden Staates können noch zum Staatsgebiet in diesem engeren Sinne gerechnet werden. Aber das offene Meer ist ein Gebiet, innerhalb dessen alle Staaten auf ihren Schiffen Hoheitsakte zu setzen befugt sind. Auch im Falle kriegerischer Okkupation setzt der okkupierende Staat Zwangsakte außerhalb seines engen Staatsgebietes und innerhalb eines fremden Staatsgebietes. Das gleiche gilt für die diplomatischen Akte — etwa eine Kriegserklärung — die der Vertreter des einen Staats im Gebiete eines anderen setzt. Ebenso kann auf Grund speziellen völkerrechtlichen Vertrages dem einen Staate gestattet sein, gewisse Hoheitsakte im Gebiete des anderen zu setzen. Das räumliche Geltungsgebiet der einzelstaatlichen Ordnung ist somit viel weiter als das innerhalb der sog. Staatsgrenzen liegende Staatsgebiet im engeren Sinne. Die Staatsgrenze bedeutet nur eine reguläre, keine ausnahmslose Geltungsbeschränkung. Sie umfaßt nur das Staatsgebiet im engeren Sinne. Stellt man diesem das Staatsgebiet im weiteren Sinne als den gesamten möglichen Geltungsbereich der einzelstaatlichen Rechtsordnung gegenüber, dann muß festgestellt werden, daß diese Gebiete der verschiedenen Staaten einander durchdringen.

D. Geltung fremder Staats(Rechts)ordnung innerhalb des eigenen Staatsgebietes.

Ebensowenig wie man behaupten kann, daß die einzelstaatliche Rechtsordnung nur innerhalb des engeren Staatsgebietes gilt, bzw. daß staatliche Hoheitsakte nur innerhalb dieses engen Staatsgebietes gesetzt werden dürfen (wenn es auch richtig ist, daß die staatliche Rechtsordnung zumeist, für die überwiegende Zahl von Fällen nur innerhalb des engeren Staatsgebietes gilt), kann man behaupten, daß innerhalb des engeren Staatsgebietes nur die eine einzelstaatliche Rechtsordnung gilt (wenn es auch richtig ist, daß grundsätzlich innerhalb des engeren Staatsgebietes nur die eine einzelstaatliche Rechtsordnung gilt). In allen Fällen, in denen die Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung über die engeren Staatsgrenzen hinausreicht, gilt — vom Falle des offenen Meeres abgesehen — im engeren Staatsgebiet auch eine fremde Rechtsordnung. Die Fälle der kriegerischen Okkupation, der diplomatischen Staatsakte und der vertragsmäßigen Gestattung fremder Staatsakte wurden bereits erwähnt. In allen diesen Fällen müssen die fraglichen Tatbestände, um als Akte eines bestimmten Staates gelten zu können, nach dessen Rechtsordnung beurteilt werden. Dessen Rechtsordnung muß sonach, wenn auch in beschränktem Ausmaße, für das fremde Staatsgebiet als gültig vorausgesetzt werden.

Ein besonderer Fall der Geltung zweier oder mehrerer Rechtsordnungen innerhalb desselben Gebietes ist das sog. Kondominium: Ein von dem engeren Staatsgebiete beider Staaten verschiedenes Gebiet steht unter gemeinsamer Herrschaft, d. h.: für dieses Gebiet gelten spezielle Rechtsnormen, die sowohl als Normen der einen wie der anderen Rechtsordnung gelten. Es sind inhaltlich übereinstimmende Teile zweier Rechtsordnungen mit einem gemeinsamen Geltungsgebiet. Demgemäß gelten die mit der Setzung dieser speziellen Normen betrauten Organe als gemeinsame Organe beider Staaten, bzw. es werden diese Normen im Wege der Vereinbarung zwischen den Organen beider Staaten gesetzt.

Als Beispiel dafür, daß ausnahmsweise auch zwei Staaten auf demselben Gebiete stehen, d. h. zwei einzelstaatliche Rechtsordnungen für dasselbe Gebiet gelten können, werden gewöhnlich auch gewisse Staatenverbindungen, insbesondere der Bundesstaat angeführt, wo das Gebiet des Oberstaates zugleich das Gebiet der Gliedstaaten ist. Doch trifft dies Beispiel nur insolange zu, als man sowohl dem Gliedstaat als auch dem Oberstaat Staatscharakter zuerkennt. Dieses Problem kann aber erst in der Lehre von den Staatenverbindungen abgehandelt werden. (Vgl. S. 193ff.)

Ebenso wie nur für die Regel der Fälle und nicht ausnahmslos die einzelstaatliche Rechtsordnung lediglich innerhalb des engeren Staatsgebietes, und innerhalb dieses nur die eine einzelstaatliche Rechtsordnung gilt, so gilt auch die einzelstaatliche Rechtsordnung nur grundsätzlich und nicht ausnahmslos für alle innerhalb des engeren Staatsgebietes befindlichen Menschen; und gilt nur grundsätzlich, nicht ausnahmslos nur für die innerhalb des Staatsgebietes befindlichen Menschen. In der ersten Richtung ist hervorzuheben, daß die einzelstaatlichen Rechtsordnungen selbst durch positive Rechtsnormen bestimmte Menschen von ihrer Geltung ganz oder teilweise ausnehmen. Hier kommt in Betracht das Staatsoberhaupt in monarchischen Staaten. Doch ist dies nur eine teilweise, nie vollkommene Exemption, in der Regel nur von der Verpflichtung durch die Strafrechtsnormen. Ferner — jedoch auf Grund völkerrechtlicher Bestimmungen — die diplomatischen Vertreter. Doch können auch andere Menschen kraft besonderer Bestimmungen aus der Geltung der Rechtsordnung ausgenommen werden, indem ihr Verhalten in keiner Weise als Tatbestand von Rechtsnormen auftritt. Aus den früher erwähnten Beispielen geht hervor, daß die einzelstaatliche Rechtsordnung auch für außerhalb des Staatsgebietes befindliche Menschen Geltung hat; insbesondere erheben die meisten Rechtsnormen Anspruch, die eigenen Staatsbürger auch außerhalb des Staatsgebietes sich zu unterwerfen. Doch ist dies bereits ein Problem des personalen Geltungsbereichs der Staatsordnung.

E. Völkerrecht und Staatsgebiet.

Daß die Geltung der staatlichen Rechtsordnung — oder die Existenz des Staates — wenigstens grundsätzlich — auf das sog. Staatsgebiet im engeren Sinne eingeschränkt, sie daher keine ausschließliche, d. h. keine die Geltung anderer staatlicher Rechtsordnungen oder die Existenz anderer Staaten ausschließende ist, das ist eine Funktion des Völkerrechtes, sofern dieses die Koexistenz einer Vielheit von — ihm gegenüber nur als Teilordnungen aufzufassender — Rechtsordnungen oder Einzelstaaten ermöglicht. Das Völkerrecht ist es aber auch vor allem, das — wie es die Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung für das engere Staatsgebiet einschränkt — dieser Rechtsordnung auf ihrem besonderen Gebiete den Charakter der Ausschließlichkeit nimmt, indem es die Geltung anderer Rechtsordnungen für dieses Gebiet — wenn auch nur ausnahmsweise — ermöglicht; so daß — in der Personifikation des Staates gesprochen — innerhalb des einen Staates auch ein anderer Staat — wenn auch meist nur mit einzelnen Staatsakten — Platz findet. Dabei wird das Völkerrecht als eine über den ihr gleicherweise unterstellten einzelstaatlichen Rechtsordnungen stehende, sie alle umfassende, weil sie alle für ihren Bereich delegierende Totalrechtsordnung vorausgesetzt. Vom Standpunkt eines Primats der eigenstaatlichen Rechtsordnung freilich ist deren Ausschließlichkeit ohne weiteres gegeben. Nicht etwa, als ob sich dabei irgendetwas an dem positiv-rechtlichen Gehalte änderte. Nur die Deutung des Tatbestandes wird eine andere. Denn jede andere als die eigenstaatliche, den Ausgangspunkt der juristischen Deutung bildende Rechtsordnung erscheint unter diesem Gesichtspunkt lediglich als von der eigenstaatlichen Rechtsordnung „anerkannt", d. h. für einen bestimmten Bereich delegiert. Für alle Gebiete gilt — zumindest als oberste delegierende Instanz — die eine allumfassende eigenstaatliche Rechtsordnung. Das ist ja die — freilich nie ganz zu Ende gedachte — Konsequenz des Primats der eigenstaatlichen Rechtsordnung. Mit deren Souveränität — oder mit der Souveränität des Staates, aber nur mit ihr — ist auch die volle Ausschließlichkeit der Geltung oder der Existenz des Staates nach innen wie nach außen, d. h. für das engere wie für das weitere Staatsgebiet gegeben. Vom Standpunkt des Primats des Völkerrechts jedoch verschwindet mit der Souveränität der einzelstaatlichen Rechtsordnung oder des Einzelstaates dessen Ausschließlichkeit. Von diesem Standpunkt erscheint die eigene staatliche Rechtsordnung im Verhältnis zu den anderen — der eigene Staat im Verhältnis zu den anderen — nicht in einer durch dessen Delegation gestifteten Über- und Unterordnungsrelation, sondern alle einzelstaatlichen Rechtsordnungen, alle Einzelstaaten in gemeinsamer Unterordnung unter dem Völkerrecht. Diesem allein gebührt mit der Souveränität die ausschließliche Geltung. Es ist nicht einmal so, daß man sagen kann: Die einzelstaatlichen Rechtsordnungen haben innerhalb ihres eigenen Gebietes schon darum keine ausschließliche Geltung, weil hier — wie überall — auch das Völkerrecht als überstaatliche Rechtsordnung gilt, die Einzelstaaten in ihrem Gebiete keine ausschließliche Existenz, weil auch hier — wie im Gesamtbereich der Einzelstaaten — die Völkerrechtsgemeinschaft als eine Art primitiven Überstaates mitexistiert. Es ist vielmehr so: daß die einzelstaatlichen Rechtsordnungen überhaupt nur als Teilordnungen der universalen Völkerrechtsordnung gelten, die Einzelstaaten nur als Teilkörperschaften einer umfassenden Gemeinschaft existieren. Dabei ist zu beachten, daß die einzelstaatliche Rechtsordnung ausschließliche Geltung auch insofern nicht in Anspruch nehmen kann, als sie das menschliche Verhalten keineswegs nach allen Richtungen hin zu normieren ermächtigt ist. Gewisse Belange werden unmittelbar durch die Normen des Völkerrechts geregelt, das ebenso menschliches Verhalten zum Inhalt hat wie die einzelstaatlichen Rechtsordnungen. Die übliche Theorie, daß das Völkerrecht Beziehungen zwischen Staaten, nicht zwischen Menschen regle, übersieht — wie bereits in anderem Zusammenhange bemerkt — daß Pflichten und Rechte des Staates auch in diesem

Falle nur Pflichten und Rechte von Menschen sein können, allerdings von Menschen, die näher zu bestimmen das Völkerrecht den einzelstaatlichen Rechtsordnungen überläßt. Daß der Staat zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet oder berechtigt sei, ist nur eine Abbreviatur dafür, daß gewisse, durch die Verfassung dieses Staates näher bestimmte Menschen sich in bestimmter Weise von Rechts wegen — von Völkerrechts wegen — so verhalten sollen. Diese unmittelbar durch Völkerrechtssätze geregelten Verhaltungsweisen sind den einzelstaatlichen Rechtsordnungen entzogene Gegenstände. Völkerrechtssätze werden in einem anderen Verfahren erzeugt als jenem, in dem die Normen der einzelstaatlichen Rechtsordnung gesatzt werden. Liegt ein Widerspruch zwischen beiden vor, indem die einzelstaatliche Rechtsordnung in die Sphäre des Völkerrechts eingreift, dann ist das Problem einer kompetenzwidrigen Norm gegeben. Davon in anderem Zusammenhange. Hier nur die nachdrückliche Feststellung, daß Ausschließlichkeit der Geltung der eigenstaatlichen Rechtsordnung oder der Existenz des Staates nur bei Souveränität der staatlichen Rechtsordnung, also nur bei deren Primat, nicht aber vom Standpunkt des Primats der Völkerrechtsordnung denkbar ist.

F. Die „Undurchdringlichkeit" des Staates.

Das Kernproblem der Lehre vom Staatsgebiet, so wie sie gewöhnlich vorgetragen wird, ist das Problem der Ausschließlichkeit der Geltung der staatlichen Rechtsordnung. Es tritt, wie die meisten Probleme, die sich aus den Grundproblemen der Geltung einer Rechtsordnung ergeben, in die veranschaulichende Personifikation des Staates eingekleidet, als das Problem der ausschließlichen Existenz des Staates innerhalb seines Gebietes auf. Wie immer, so schwankt auch hier die Theorie inkonsequent zwischen zwei grundsätzlich entgegengesetzten Betrachtungsstandpunkten: dem Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung und dem Primat des Völkerrechts, hin und her, Elemente beider miteinander unvereinbaren Deutungsweisen verbindend. Dabei ist sie sich weder des innigen Zusammenhanges, in dem die Staatsgebietslehre mit der Konstruktion des Verhältnisses von Staat und Völkerrecht steht, noch auch der Natur der aufgestellten Lehrsätze als bloßer Tatbestandsdeutungen bewußt. Obgleich die herrschende Lehre bei ihrer Theorie des Staatsgebietes von der Koexistenz einer Vielheit gleichgeordneter Staaten ausgeht, obgleich sie in der Vorstellung einer Vielheit gegeneinander fest abgegrenzter Staatsgebiete als der Grundlagen voneinander ebenso fest abgegrenzter Staatskörper, von denen keiner in den anderen eindringt, dem Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung so fern steht als nur möglich, und daher notwendigerweise den Primat des über allen Einzelstaaten stehenden, deren gegenseitige Abgrenzung bewirkenden Völkerrechts annehmen müßte, mündet doch die Darstellung des Gebietsproblems in einem Lehrsatz, der mit dieser Voraussetzung unvereinbar ist. Es ist das Dogma von der sog. „Undurchdringlichkeit" des Staates: Zum Wesen des Staates gehöre es, daß er einen Raum erfülle, während andere Körperschaften raumlos seien. Von diesen könnten daher beliebig viele auf demselben Gebiete existieren. Der Raum aber, den ein Staat ausfüllt, in dem sei für keinen anderen Staat Platz. Wäre man sich bewußt, daß dieser einen bestimmten Raum ausfüllende, undurchdringliche Staat nur ein Bild, und was eigentlich mit diesem Bilde gemeint sein kann, dann wäre der Widerspruch vermieden. Allein man erklärt den Staat allen Ernstes für ein Raum füllendes Wesen, erblickt gerade in seiner Raumhaftigkeit einen wesentlichen Unterschied zu anderen Körperschaften, muß ihn also doch wohl für einen Körper erklären und verliert so den Standpunkt einer bloßen Metapher. Dadurch entgeht aber auch die Einsicht, daß mit der „Undurchdringlichkeit" des Staates nicht eine physikalische Eigenschaft entdeckt, sondern bloß seine Souveränität, d. h. die Souveränität der staatlichen Rechtsordnung und sohin deren ausschließliche — alle anderen Normensysteme ausschließende — Geltung vorausgesetzt

wurde. Man hält die „Undurchdringlichkeit“ des Staates für eine Funktion des Gebietes, während sie eine Konsequenz der Souveränität ist. Dabei übersieht man aber auch, daß die Ausschließlichkeit der Geltung nach innen, d. h. für das engere Staatsgebiet notwendig mit der Ausschließlichkeit der Geltung nach außen, d. h. für das weitere Staatsgebiet verbunden sein muß, weil die Souveränität des Staates eben die Einzigkeit des souveränen Staates bedeutet. Setzt man aber neben dem Einzelstaat andere gleichgeordnete Staaten und über ihnen, sie gegenseitig abgrenzend, das Völkerrecht voraus, dann muß — weil es das Völkerrecht ist, das die einzelstaatlichen Rechtsordnungen auf ein bestimmtes Gebiet einschränkt — das Völkerrecht auch die Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung innerhalb ihres Gebietes einschränken können. Und schränkt es ja auch tatsächlich ein. Von einer grundsätzlichen „Undurchdringlichkeit“ als einer Uneinschränkbarkeit der Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung innerhalb ihres Staatsgebietes kann also gar keine Rede sein. Daher denn auch die Theorie der „Undurchdringlichkeit“ des Staates gegenüber den positiv-rechtlichen Einschränkungen der Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung innerhalb des Staatsgebietes nur sehr verlegen von „scheinbaren Ausnahmen“ spricht. (Jellinek.)

G. Die sogenannten Gebietskörperschaften.

Daß man die Existenz des Staates zum Unterschied von anderen Körperschaften für räumlich ausgedehnt hält, gehört wohl zu den seltsamsten Irrtümern der modernen Staatslehre. Daß der Staat als ideelle Ordnung ebensowenig einen Raum einnimmt wie irgend ein anderes System von Normen, versteht sich wohl von selbst. Der Staat ist eben nicht die sicht- und greifbaren, raumfüllenden Menschen, sondern nur ein System von Normen, die menschliches Verhalten zum Inhalt haben. In diesem Punkte besteht also keinerlei Unterschied von anderen Körperschaften, die ja nichts anderes als Teilrechtsordnungen sind. Warum werden diese als ideell und daher als raumlos erkannt, der Staat aber nicht? Die staatliche Rechtsordnung — als System von Urteilen raumlos — gilt aber für einen bestimmten Raum. Was das bedeutet, wurde früher dargelegt. Allein auch in diesem Punkte besteht keinerlei Unterschied von anderen Körperschaften. Denn auch diese sind Ordnungen menschlichen Verhaltens und also ist auch im Inhalt der diese Teilordnungen bildenden Normen mit dem menschlichen Verhalten Raum und Zeit gesetzt. Man kann nur Teilordnungen unterscheiden, deren Geltung auf einen bestimmten, festabgegrenzten Raum eingeschränkt ist, und solche, bei denen eine derartige räumliche Geltungsbeschränkung fehlt. Raumlos in diesem Sinn kann somit keine Körperschaft sein. Sofern es sich nur um Rechtsverbände und zwar um dem Einzelstaate untergeordnete, eingegliederte Körperschaften handelt, kann im übrigen das Geltungsgebiet solcher Teilordnungen nicht größer sein als das des Staates selbst, als dessen Teilordnung sie Geltung haben. Man kann diese Verbände daher nur in solche einteilen, die kraft positiver Norm ein kleineres Geltungsgebiet haben als der Staat und solche, deren Geltungsgebiet mit jenem des Staates zusammenfällt.

Problematisch ist auch der scharfe Gegensatz, in dem die herrschende Lehre die Gebietskörperschaften, zu denen sie den Staat zählt, den anderen Verbänden entgegenstellt. Der leitende Gedanke ist etwa der: Gehört zu einem Verband auch ein bestimmtes Gebiet, so hat dieses die Funktion, alle auf ihm befindlichen Menschen ohne Rücksicht auf ihre rechtlichen oder natürlichen Unterschiede der Herrschaft des Verbandes zu unterwerfen. Es gibt sonach Verbände, die nur Menschen bestimmter Qualität, z. B. eines bestimmten Berufes oder bestimmter Interessen, und solche, die — und zwar zwangsweise — alle Menschen, die auf einem bestimmten Gebiete weilen, umfassen. Neben dem Staat ist die Gemeinde ein Beispiel für solche Gebietskörperschaften. Allein ganz abgesehen davon, daß ja auch der Herrschaft des Staates nicht alle Menschen unterworfen sind, die sich in seinem Gebiete aufhalten —

die sehr bedeutenden Einschränkungen dieser Regel wurden ja früher dargelegt — ist gerade vom Standpunkt des Gebietes kein prinzipieller, sondern nur ein gradueller Unterschied zwischen Gebietskörperschaften und anderen. Man beachte, daß schon nicht der Einzelstaat, geschweige denn die Gemeinde das Verhalten der auf ihrem Gebiete anwesenden Menschen nach allen Richtungen regelt. Man stelle sich Zwangsverbände vor, die alle auf einem bestimmten Gebiete wohnhaften Menschen zu Zwecken des Konsums oder der geistigen Bildung vereinigen; alle Menschen müssen essen, aber nicht alle geistig gebildet werden. Der Übergang zu einer Zwangsgenossenschaft aller Handwerker eines bestimmten Gebietes und weiter zu einer freiwilligen Vereinigung der Radfahrer eines bestimmten Gebietes ist nur ein schrittweiser. Es sind alles Verbände mit Geltung für ein bestimmtes Gebiet. Es ist eben nicht die Funktion des von der Rechtsordnung losgelösten Gebietes, alle Menschen einer Ordnung zu unterwerfen, sondern Funktion dieser Ordnung, die die Raumbeziehung zum Inhalt hat. Die einzig vollkommene Gebietskörperschaft im Sinne der herrschenden Lehre wäre durch jene Ordnung konstituiert, die alle Menschen grundsätzlich nach allen Richtungen ihres Verhaltens zu bestimmen kompetent ist. Das ist aber nur die souveräne Totalrechtsordnung.

H. Das Verhältnis des Staates zu seinem Gebiete als Rechtsverhältnis.

Erkennt man, daß das sog. Staatsgebiet nichts anderes ist als die räumliche Geltung oder Geltungsbeschränkung einer Rechtsordnung, dann müssen alle jene Probleme als Scheinprobleme entfallen, die sich der herrschenden Lehre dadurch ergeben, daß sie einerseits das Gebiet losgelöst von der Rechtsordnung — also in einem physikalisch-geographischen Sinne gleichsam — betrachtet, andererseits den Staat zu einer Naturrealität hypostasiert, also in die gleiche Existenzsphäre mit den natürlichen Menschen stellt, ihn als eine Art Mensch, als Übermensch voraussetzt. So entsteht nämlich die Frage, in welchem Verhältnis der Staat zu seinem Gebiete steht. Und die auf solche Art gänzlich entgleiste Problemstellung wird dadurch auch nicht im geringsten korrigiert, ja sogar noch verwirrt, daß man den Weg zur juristischen Betrachtung zurückzufinden sucht, indem man das Verhältnis des Staates zu seinem Gebiet als Rechtsverhältnis darstellt. Daß die im Begriff des Staatsgebietes ausgedrückte Geltungsbeziehung kein Rechtsverhältnis sein kann, geht aus all dem schon hervor, was bisher über das Wesen des Rechtsverhältnisses auf der einen und über die räumliche Geltungsbeschränkung auf der anderen Seite gesagt wurde. Immerhin kann man ja die fragliche Geltungsbeziehung zum Zwecke einfacherer Darstellung und leichteren Verständnisses mit geläufigen Rechtsverhältnissen vergleichen. Die schwerste Verwirrung muß aber entstehen, wenn solche nur sehr mangelhaft zutreffende Analogie für Identität genommen wird, und nun ein wissenschaftlicher Streit darüber entsteht, was für ein Rechtsverhältnis das des Staates zu seinem Gebiete sei, so wie strittig sein kann, in was für einem Rechtsverhältnis ein Mensch zu einer Sache steht. Die Sinnlosigkeit dieser Frage hat denn auch die Verwirrung der Theorie zur Folge, die sich um ihre Beantwortung bemüht.

Die traditionelle Rechtslehre unterscheidet zwei Arten von Rechtsverhältnissen: dingliche und persönliche. Die ersteren sollen ein Verhältnis der Person zur Sache, die letzteren ein Verhältnis von Person zu Person sein. Eigentum ist das typische Beispiel für jene, Forderungsrecht für diese. Indes bedarf es gar nicht tieferer Untersuchung, um zu erkennen, daß es ein Rechtsverhältnis von Person — richtiger: Mensch — zur Sache, das nicht zugleich ein Verhältnis von Mensch zu Mensch ist, gar nicht geben kann. Die durch das Recht normierte ausschließliche, d. h. jeden anderen Menschen ausschließende Verfügungsmöglichkeit eines Menschen über eine Sache, sein Eigentum, besteht in gar nichts anderem als in den durch Strafe und Exekution sanktionierten, alle anderen zu Unterlassung von Verfügungen über diese Sache verpflichtenden Normen und in der dem Eigentümer gewahrten Möglichkeit, durch seine einseitige

Willensäußerung — die Klage — die Unrechtsfolge gegen den pflichtwidrig Handelnden zu veranlassen. Bestimmt man das Eigentum als rechtlich ausschließliche Herrschaft eines Menschen über eine Sache, so besteht solche „Herrschaft“ nur darin, daß er vermittels der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsordnung alle anderen Menschen „beherrscht“, allerdings nur hinsichtlich ihres Verhaltens zu der bestimmten Sache. Er kann sie von dieser Sache fernhalten, die nur darum und insofern rechtlich „seine“ Sache ist. Es ist also auch das dingliche Rechtsverhältnis ein persönliches. Nur ein sozusagen gegen alle, nicht gegen einzelne, bestimmte andere gerichtetes Verhältnis (sofern diese durch die Rechtsordnung vermittelte Beziehung in Betracht gezogen wird). Und das ist nur selbstverständlich, denn die Rechtsordnung regelt eben menschliches Verhalten. Insbesondere die sog. „Sache“ — die res des römischen Rechtes — kommt im Inhalt der Rechtsnormen nur insofern vor, als menschliches Verhalten auf sie gerichtet ist. Und darum tritt die „Sache“ auch als Inhalt der sog. persönlichen Rechtsverhältnisse, speziell des Forderungsrechtes auf. Der eine Mensch ist verpflichtet, dem anderen eine Sache zu leisten, und dieser, der Gläubiger, hat ein Recht auf die Sachleistung des anderen, indem er durch seine einseitige Willensäußerung — die Klage — die Unrechtsfolge gegen den pflichtwidrig sich verhaltenden Schuldner herbeiführen kann. Die „Sache“ ist hier wie bei den dinglichen Rechtsverhältnissen nur die nähere Bestimmung eines menschlichen Verhaltens. Und der Gläubiger beherrscht rechtlich den Schuldner nicht anders wie der Eigentümer alle anderen Menschen: vermittels der Rechtsordnung, die ihm gegen den Pflichtverletzer zur Verfügung steht. Und er „beherrscht“ auch die zu leistende Sache vermittels seiner Herrschaft über den Schuldner.

Schon angesichts dieser Sachlage erscheint die immer wieder auftauchende Diskussion der Frage, ob das Verhältnis des Staates zu seinem Gebiete ein sachen- oder personenrechtliches Verhältnis sei — wenn man sie auf die Frage reduziert, ob es mit dem einen oder anderen verglichen werden kann — ziemlich wertlos zu sein. Das Verhältnis des Staates zu seinem Gebiete ist weder ein sachen- noch personenrechtliches Verhältnis, in eine gewisse Analogie kann man es aber zu beiden setzen. Die Ausschließlichkeit der Geltung der staatlichen Rechtsordnung für das Staatsgebiet findet eine naheliegende Parallele in der ausschließlichen Herrschaft des Eigentümers über seine Sache, zumal dann, wenn man die Geltung der Rechtsordnung als „Herrschaft“ des Staates über sein Gebiet darstellt. Das dürfte ja auch der Grund dafür sein, daß die ältere Theorie — und zum Teil auch noch die neuere — das Verhältnis des Staates zum Gebiet als Eigentum des Staates am Gebiet bezeichnete. In neuerer Zeit hat man gegen diese Lehre geltend gemacht, das fragliche Verhältnis könne kein Eigentum sein, denn der Staat herrsche nicht unmittelbar über sein Gebiet, sondern nur mittelbar, indem er seine Untertanen beherrsche; die Herrschaft über das Gebiet sei nicht dominium, sondern imperium, nicht sachenrechtlich, sondern personenrechtlich. Allein das Verhältnis des Staates ist auch kein personenrechtliches, ist insbesondere kein imperium, das gibt es nur von Mensch zu Mensch und ist der Ausdruck dafür, daß an den Tatbestand der einseitigen, auf fremdes Verhalten gerichteten Willensäußerung des einen Menschen — Befehl — die Rechtspflicht des anderen Menschen zu diesem befehlsgemäßen Verhalten geknüpft ist. Der Fortschritt der neueren Theorie — der als eines der bedeutendsten Ergebnisse der modernen Staatslehre gepriesen wird — besteht lediglich darin, daß die räumliche Geltungsbeziehung der staatlichen Ordnung zu einer richtigeren, das personenrechtliche Moment berücksichtigenden Deutung des Eigentumverhältnisses in Analogie gesetzt wird. Denn nur auf die Behauptung einer Analogie reduziert, kann diese neuere Theorie überhaupt für diskutabel erklärt werden.

Gänzlich unhaltbar aber muß ihr Versuch erscheinen, den angeblich personenrechtlichen Charakter des Gebietsverhältnisses auch in dem Sinne zu erhärten, daß das Gebiet als eine der Staatsperson inhärente Qualität, als ein Moment am Staats-

Subjekt behauptet wird. In dieser seiner Eigenschaft als ins Staats-Subjekt gehörig, unterscheidet man das Gebiet von seiner Eigenschaft als Objekt der Staatsherrschaft. Die Unklarheit dieser ganzen Unterscheidung rührt letztlich daher, daß man mit der hypostasierenden Personifikation der räumlich geltenden Rechtsordnung das Gebiet auch in der einen Raum ausfüllenden Staatsperson findet. Das wäre an sich ein bedeutungsloses Kuriosum der Theorie, wenn man nicht daraus materiell-rechtliche Konsequenzen zöge: Da das Gebiet in der Persönlichkeit des Staates steckt, folgt schon aus der Persönlichkeit des Staates der Anspruch auf Integrität des Gebietes. Nicht Verbotsrechte eines Eigentümers, sondern unmittelbar aus der Persönlichkeit sich ergebende — also personenrechtliche — Ansprüche sind es, mit denen der Staat sein Gebietsrecht, sein Recht auf Respektierung des Gebietes, geltend macht. Das ist freilich nacktes Naturrecht, denn die Verpflichtung zur Respektierung des Gebietes beruht auf positiver Völkerrechtsnorm und läßt sich aus der Persönlichkeit des Staates — dieser Hilfskonstruktion juristischer Erkenntnis — ebensowenig ableiten wie irgendwelche Rechte aus der Natur des Menschen.

I. Naturrechtliche Tendenzen der Staatsgebietstheorie.

Mit solchen Argumentationen wandelt die moderne Staatslehre auf den gleichen Pfaden wie die von ihr angeblich überwundene ältere Theorie, die ganz naiv aus der Annahme, daß das Verhältnis des Staates zu seinem Gebiet ein Eigentumverhältnis sei, den Schluß zog, daß aller Grund und Boden nicht nur dem Eigentümer, sondern auch dem Staate, d. h. natürlich praktisch dem König als „Ober"-Eigentümer gehöre, oder daß herrenlose Sachen auf dem Staatsgebiete von Fremden nicht okkupationsweise ins Eigentum erworben werden können, oder daß der Staat das Recht habe, im öffentlichen Interesse dem einen sein Eigentum zu entziehen, um es einem anderen zu übertragen, u. a. m. In allen diesen Fällen soll eine mehr oder weniger willkürliche juristische Konstruktion gewisse von dem Konstrukteur für wünschenswert gehaltene positive Rechtsnorm ersetzen. Das gerade ist Naturrecht.

Eine nicht geringere naturrechtliche Erschleichung liegt darin, daß man aus der Einheit der Staatsperson auf die Unteilbarkeit des Staatsgebietes schließen zu können glaubt. Das politische Postulat, das Staatsgebiet möglichst ungeschmälert zu erhalten, verkleidet sich hier in das Gewand einer theoretischen Erkenntnis vom Wesen des Staates. Bezeichnenderweise wird dieses Dogma von der Unteilbarkeit des Staatsgebietes nicht geltend gemacht, wenn es sich um eine Vergrößerung des Staatsgebietes handelt, die doch normalerweise nur durch Abtrennung eines Teils eines anderen Staatsgebietes möglich ist. Man konstruiert eben immer nur vom Standpunkt des eigenen Staates und schließt ganz naiv einen Grundsatz, den man zugunsten des eigenen Staates gelten läßt, gegenüber einem anderen Staat aus. Nun steht das Dogma von der Unteilbarkeit des Staatsgebietes im offenbaren Widerspruch zu der durch das positive Völkerrecht gebotenen Möglichkeit, Staatsgebiet, bzw. Teile desselben durch Vertrag abzutreten bzw. zu erwerben. Die moderne Staatstheorie bringt es zustande, diese Möglichkeit als „Ausnahme" von dem offenbar als Rechtswesensgrundsatz vorgetragenen Prinzip der Unteilbarkeit hinzustellen; und beschränkt sich des weiteren darauf, aus diesem Prinzipe die Unzulässigkeit jeder anderen Gebietsverkleinerung — die komplementäre Gebietserweiterung bleibt, wie bemerkt, außerhalb der Betrachtung — insbesondere die bei absoluten Monarchien häufige Teilung von Staatsgebieten im Wege letztwilliger Verfügungen oder die Teilung vorschreibenden Thronfolgeordnungen für unzulässig zu erklären. Solche Erbteilungen mögen politisch schädlich sein, wenn sie positivrechtlich begründet sind — und in der absoluten Monarchie können sie jederzeit durch Willensäußerung des absoluten Monarchen begründet werden — läßt sich von einem rechtstheoretischen Standpunkt gegen sie nichts mehr einwenden. Zumal wenn man von der Voraussetzung der Souveränität der staatlichen Rechtsordnung ausgeht. Dann kann die

Erweiterung oder Verengung des Geltungsgebietes der staatlichen Rechtsordnung als des Staatsgebietes im engeren Sinne ausschließlich nur durch deren Normen erfolgen. Doch schließt auch das Völkerrecht — als übergeordnetes Normensystem vorausgesetzt — solche unmittelbar auf einzelstaatlicher Norm beruhende Gebietsänderung nicht aus, delegiert vielmehr die einzelstaatliche Rechtsordnung hierzu. Daß bei sog. Teilung des Staatsgebietes, speziell bei Verkleinerung desselben der Staat, d. i. die staatliche Ordnung — die selbstverständlich unteilbar, weil unkörperlich ist — nicht geteilt, sondern in ihrer räumlichen Geltung nur eingeschränkt wird, und daß daher dieser ganze Schluß von der begriffsnotwendigen Einheit und Unteilbarkeit des Staates auf die Unzulässigkeit einer Verkleinerung des Staatsgebietes ein Trugschluß ist, bedarf keines weiteren Nachweises. Vielleicht erklärt sich aber aus dieser Technik des Trugschlusses die sonst unverständliche Theorie, daß das Gebiet schon in der Person des Staates enthalten sei, daß also Gebietsschmälerung, Gebietsverletzung Schmälerung und Verletzung der Staatsperson selbst, ihres Lebens und nicht bloß ihres Eigentums, also der höchste Grad von Schmälerung und Verletzung sei; wie ja auch die Verletzung des Lebens und der Gesundheit des Menschen ein schwereres Delikt ist als bloße Schädigung an seinem Eigentum.

K. Seßhaftigkeit und Staatsgebiet.

Zu den methodischen Mängeln bei der Darstellung des Gebietsproblems gehört insbesondere auch, daß man die Frage der Seßhaftigkeit der den Staat bildenden Menschen mit der Frage des Staatsgebietes vermengt und durch die Fragestellung: ob dem Staate Gebiet, also Seßhaftigkeit wesentlich sei, noch mehr verwirrt. Aus der Annahme, daß nur seßhafte Menschen einen Staat bilden könnten, glaubt man nämlich logisch schließen zu können, daß das Gebiet ein Moment des Staatssubjekts sei, das dadurch selbst die wesentliche Eigenschaft der Seßhaftigkeit erlange. Und in diesem Sinne erklärt man das Gebiet als wesentlichen Bestandteil des Staates. Indes ist eine Zwangsordnung, und zwar auch eine solche, die arbeitsteilig funktionierende Organe einsetzt, sowohl dem Sachgehalt ihres Begriffes nach, wie hinsichtlich der tatsächlichen Entstehung einer Ideologie dieses Inhalts von der Seßhaftigkeit der Menschen unabhängig. Auch wandernde Völker sind unter staatlicher Organisation gestanden. Wenn auch zugegeben sei, daß Seßhaftigkeit eine für die Entstehung und differenzierende Entwicklung der Staats- oder Rechtsideologie besonders günstige Bedingung ist. Das aber ist die Frage nach den Naturbedingungen der Entstehung und Fortbildung des Staates oder Rechtes, und nicht die hier allein zulässige nach seinem eigengesetzlichen Gehalte. Das Staatsgebiet, von dem nur unter diesem Gesichtspunkte die Rede sein kann, ist etwas von Seßhaftigkeit ganz Verschiedenes. Es ist auch im Falle eines wandernden Volkes vorhanden. Seine geographische Identität oder Konstanz ist gänzlich irrelevant. Nur wenn man den Staat mit einer geographischen Fläche identifiziert, muß man die irgendwie doch auch zum Staat gehörigen Menschen in diesem Gebiet festwurzeln, damit einem dieses „Element" nicht verloren gehe. Von all diesen naiven Vorstellungen mit ihren oft höchst verwirrenden Konsequenzen emanzipiert sich die Theorie erst durch die Einsicht, daß das Staatsgebiet eben nichts anderes ist als der Geltungsraum, der räumliche Geltungsbereich der staatlichen Rechtsordnung. Und tatsächlich ist bereits eine jüngste Richtung der Staatslehre im Begriffe, die beispiellos primitive bisherige Gebietstheorie dadurch zu überwinden, daß sie das Staatsgebiet als örtliche Kompetenz des Staates auffaßt. (Radnitzky, Henrich.) Der Begriff der Kompetenz ist nämlich ein Spezialfall des hier verwendeten Begriffes des Geltungsbereiches, bzw. der Geltungsbeschränkung. Von den drei Richtungen, nach denen dieser Begriff sich entfaltet: dem räumlichen, zeitlichen und gegenständlichen (sachlichen, inhaltlichen, materiellen) Geltungsbereich, bzw. diesen drei Richtungen der

Geltungsbeschränkung umfaßt der Begriff der Kompetenz die erste und die letzte, den räumlichen und den sachlichen Geltungsumfang, bzw. Geltungsbeschränkung. Nicht aber den zeitlichen. Allein auch dieser kommt — allerdings nicht beim Problem des Staatsgebietes — in Betracht.

§ 25. Der zeitliche Geltungsbereich der Staatsordnung.

Bezeichnend ist freilich, daß die herrschende Lehre unter die Elemente des Staates wohl den Raum, nicht aber die Zeit aufgenommen hat, obgleich diese mit nicht geringerem Rechte als jener dazu gehörte. Besonders dann, wenn man — wie das die naturalistisch-empiristische Staatslehre tut — den Staat ganz als Naturrealität, ganz als körperlich-seelisches Wesen auffaßt, das ebenso im Raum wie in der Zeit stehen muß. Um so merkwürdiger ist es, daß es gerade von dieser Seite an jeder prinzipiellen Untersuchung der Beziehung des Staates zur Zeit fehlt, während der Raumrelation des Staates — in der Staatsgebietstheorie — eingehende Untersuchungen gewidmet werden. Daß nach üblicher Anschauung der Staat „undurchdringlich" sei, soll doch offenbar nur bedeuten, daß im selben Raum zur gleichen Zeit nicht zwei Staaten existieren können. Mit der Ausschließlichkeit der Geltung für ein und denselben Raum muß doch zugleich auch die Ausschließlichkeit der Geltung für ein und dieselbe Zeit gemeint sein. In aufeinander folgenden Zeiten können ja verschiedene Staaten im selben Raum existent sein. Eine Tatsache, die der auf die historische Wirklichkeit gerichteten naturalistischen Staatslehre nicht verborgen bleiben konnte. Wenn man sich des Zeitelementes — im Gegensatz zum Raum — dem Staate gegenüber nicht eigentlich bewußt wird, so mag das daher rühren, daß sich hinsichtlich der räumlichen Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung eine deutliche Geltungsbeschränkung fühlbar macht, daß aber eine zeitliche Geltungsbeschränkung zumindest für die einzelstaatliche Ordnung völlig zu fehlen scheint. Und das ist auch — wenn man nur den Inhalt der einzelstaatlichen Rechtsordnung betrachtet, tatsächlich der Fall. Sie tritt mit dem Anspruch auf, ewig zu gelten. Und darum findet man auch, besonders in den älteren Darstellungen der Staatstheorie, unter den verschiedenen Eigenschaften des Staates auch jene der Ewigkeit aufgezählt, wodurch sich eine weitere Analogie zwischen der Person des Staates und der des einig-einzigen Gottes ergibt. Freilich muß man sich hüten, unter dieser „Ewigkeit" etwas anderes als den Ausdruck dafür zu verstehen, daß der Geltung der als souverän vorausgesetzten und daher als Universalordnung auftretenden Staatsordnung inhaltlich keine bestimmte Schranke gesetzt ist. Indes enthält doch das Völkerrecht positive Normen, die bestimmen, mit welchem Zeitpunkt ein neuer Staat als entstanden, ein alter als untergegangen anzusehen ist; m. a. W.: Das Völkerrecht umschreibt den Tatbestand, bei welchem die Geltung einer neuen einzelstaatlichen Ordnung beginnt, und jenen, bei dem diese Geltung beendet ist. Abgesehen von dem Entstehen und Untergang eines Staates durch völkerrechtlichen Vertrag ist der Tatbestand der siegreichen Revolution vom Völkerrecht als die Bedingung für den Beginn einer neuen und das Ende einer alten einzelstaatlichen Rechtsordnung anerkannt. Damit ist der einzelstaatlichen Rechtsordnung Anfang und Ende in der Zeit ebenso gesetzt wie den Teilrechtsordnungen, den Gesellschaften, Vereinen, Genossenschaften, Korporationen usw. innerhalb der einzelstaatlichen Rechtsordnung. Nur daß freilich die begründenden und aufhebenden Tatbestände hier andere sind wie dort. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch das Problem der Identität des Staates in der Zeit zu betrachten (vgl. S. 126 ff.).

Hinsichtlich ihrer einzelnen Normen und Normensysteme enthält allerdings die einzelstaatliche Ordnung zeitliche Geltungsbeschränkungen unmittelbar selbst. Unter der Voraussetzung, daß die einzelstaatliche Rechtsordnung ein System abänderbarer Normen darstellt, gilt eine Rechtsnorm grundsätzlich so lange, bis sie durch eine inhaltlich widersprechende Norm aufgehoben wird. Dabei muß

nach positivistischen Prinzipien sowohl das „Ob“ als auch das „Wie“ der Abänderung jeder generellen wie individuellen Rechtsnorm durch die Rechtsordnung, d. h. durch eine Rechtsnorm höherer Stufe bestimmt sein. Erkennt man als Abänderung einer Norm die Ersetzung einer älteren Norm durch eine andere jüngere, bedeutet „Abänderung“ soviel wie Beendigung der Geltung der einen Norm und Beginn der Geltung einer anderen auf denselben Gegenstand bezogenen Norm, dann ergibt sich als allgemeinster Grundsatz für die Geltungsdauer der Rechtsnormen und Rechtsnormensysteme: daß die Geltungsdauer nur durch positive rechtsinhaltliche Bestimmung begrenzt werden kann, daß jeder Versuch, die Frage nach der Geltungsdauer einer Rechtsnorm aus der „Natur der Sache“ abzuleiten, als Naturrecht abgelehnt werden muß.

Die weiteren Probleme, die sich aus diesem Grundsatze ergeben, so insbesondere die Frage nach der Natur und den Geltungsbedingungen dieses Satzes „lex posterior derogat priori“ gehören indes in einen anderen Zusammenhang. Ebenso die Frage nach der Möglichkeit einer Rückwirkung von Gesetzen. (Vgl. S. 157, 299 ff.) Insbesondere auch das Problem der Rechtskraft genereller wie individueller Normen, das ja — wie erst kürzlich treffend gezeigt wurde — nur das Problem der Geltung dieser Normen in der Zeit, bzw. ihrer zeitlichen Geltungsbeschränkung oder Geltungsdauer ist. (Merkl.)

§ 26. Der personale Geltungsbereich der Staatsordnung. (Das Staatsvolk.)

A. Der Begriff des Staatsvolks.

In dem Begriff des „Staatsvolkes“ — neben dem Staatsgebiet das zweite der drei sog. Elemente des Staates — kommt in der üblichen Verschiebung zum Naturhaft-Realen nur der Gedanke zum Ausdruck, daß es menschliches Verhalten ist, das die Rechtsnormen der einzelstaatlichen Ordnung zum Inhalt haben und dadurch regeln. So wie die Einheit des Gebietes ist die Einheit des Volkes nur durch die Einheit der Rechtsordnung begründet. Nur insofern ein und dieselbe Rechtsordnung für eine Vielheit von Menschen gilt, bilden diese eine Einheit. Es ist eine rein normative Einheit, die Einheit der Sollgeltung einer Ordnung, und alles Bemühen bleibt — wie in anderem Zusammenhange gezeigt (vgl. S. 7 ff.) — vergeblich, das Volk oder den mit dem Volk identifizierten Staat als eine natürlich-reale Einheit aufzuweisen; wenn auch ohne weiteres zugegeben werden kann, daß, je stärkere Tendenzen zu einer solchen als psychische Wechselwirkung, als Parallelität des Wollens, Vorstellens oder Fühlens u. dgl. charakterisierten realen Einheit vorliegen, desto bessere Naturbedingungen für Entstehen und Fortbildung der Staatsideologie gegeben sind. Im Bereich der Allgemeinen Staatslehre ist die Lehre vom Staatsvolk nicht etwa die Lehre von der physischen oder psychischen Beschaffenheit der das Volk bildenden Menschen, ist nicht Volkskunde als naturwissenschaftliche Disziplin. Die in der Lehre vom Staatsvolk behandelten Probleme sind vielmehr ausschließlich juristischer Natur. Die Theorie des Staatsvolks ist eine Rechtstheorie.

Vom Standpunkt einer auf den Staat als normative Ordnung gerichteten Betrachtung ist das im Begriff des Staatsvolks erfaßte Element nicht eigentlich die Einheit einer Vielheit von Menschen, sondern nur die Einheit einer Vielheit von menschlichen Handlungen und Unterlassungen. Denn der Mensch ist nicht in der Totalität seiner seelischen und körperlichen Existenz der staatlichen Herrschaft unterworfen; die staatliche Ordnung erfaßt ihn nur nach ganz bestimmten Richtungen seines Verhaltens. Er gehört zum Staatsvolk nur insoweit, als er der staatlichen Herrschaft unterworfen ist, als sein Verhalten den Inhalt der Rechtsordnung bildet. Eben darum gehören überhaupt nicht alle Menschen, die sich auf dem Staatsgebiet befinden, zum Staatsvolk. Ausgenommen sind diejenigen, gegenüber denen kraft

positiver Rechtsnorm — insbesondere des Völkerrechts — die Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung eingeschränkt ist. Und gehören zum Staatsvolk auch Menschen, die sich außerhalb des engeren Staatsgebietes befinden. Dies letztere gilt für die sog. Staatsbürger. Eben darum muß man sich von der üblichen Vorstellung emanzipieren, derzufolge das Staatsvolk ein räumliches Zusammensein, ein seelisch-körperliches Konglomerat und als solches eine unabhängig von aller Rechtsordnung existente Einheit einer Vielheit von Menschen ist. Diese ebenso primitive wie irreführende Vorstellung muß der Einsicht weichen, daß es sich dabei nur um die durch die Einheit der Rechtsordnung konstituierte Einheit einer Vielheit von Tatbeständen, und zwar als menschliches Verhalten qualifizierter, den Inhalt der Rechtsnorm bildender Tatbestände handelt. Das allein ist die Einheit, die man mit Beziehung auf diesen Inhalt Verband, Gemeinschaft, Korporation usw. nennt; und dieser Verband wird nicht eigentlich von Menschen als solchen zusammengesetzt, sondern von einzelmenschlichen Akten, Handlungen und Unterlassungen. Und dieser Verband ist — soferne damit das zur Einheit Verbindende bezeichnet wird — auch mit der die Einheit stiftenden Verbindung völlig eins, sowie eben Inhalt und Form eins sind, das eine nicht ohne das andere denkbar. Und darum ist der Staat als ,,Volk" die Verbindung von Menschen, richtiger einzelmenschlicher Akte; und ist in demselben Sinn die Verbindung von menschlichem Handeln und Unterlassen wie er die Verbindung zu solchem Verhalten, ist die Verflechtung von Menschen, indem er die Verpflichtung von Menschen, weil Norm ist.

B. Die passive, aktive und negative Beziehung des Staatsvolks zur Rechtsordnung. (Pflicht, subjektives Recht und Freiheit.)

Begreift man das ,,Volk" als die im Inhalt der Rechtsordnung verbundenen, als menschliches Verhalten qualifizierten Tatbestände, dann entfaltet sich das Problem des Staatsvolkes in der Frage: In welcher Weise kann menschliches Verhalten Inhalt der Rechtsordnung sein? Und tatsächlich ist das auch der theoretische Kern jener Erörterungen, die bei diesem Kapitel der traditionellen Lehre von den Elementen des Staates vorgetragen werden. Daß Untersuchungen über die Rasse, die Sprache, die ökonomischen Verhältnisse der Menschen usw. nicht in den Bereich einer allgemeinen Staatslehre fallen, so bedeutsam sie selbstverständlich sein mögen, versteht sich nach all dem bisher Gesagten von selbst. Daß unter dem Begriff des Staatsvolks rechtstheoretische Probleme auftreten, erhält den Schein der Paradoxie nur durch die hypostasierende Verschiebung, die diese Probleme in der üblichen Darstellung erfahren haben, und verliert ihn, sobald man diese Probleme — nur der immanenten Tendenz der traditionellen Theorie folgend — wieder zurechtrückt, indem man das ,,Volk" aus der Sphäre naturhafter Realität, wo diese spezifische Einheit nicht zu finden ist, in den Bereich normativer Erkenntnis verlegt.

Menschliches Verhalten kann in dreifacher Beziehung zur Rechtsordnung stehen. Der Mensch ist entweder der Norm unterworfen oder er erzeugt die Norm, d. h. er ist an der Normsetzung in irgendeiner Weise beteiligt, oder er ist von der Norm frei, d. h. er steht in keinerlei Beziehung zur Norm. Doch spricht man von ,,Freiheit" in einem weiteren Sinne schon, wenn die Beziehung nicht gerade Normunterworfenheit ist. Die Beziehung des Menschen ist im ersten Falle die der Passivität, im zweiten die der Aktivität, im dritten die der Negativität.

Unterworfen im engeren und eigentlichen Sinne des Wortes ist der Mensch der Rechtsordnung, soferne sein Verhalten den Inhalt einer Rechtspflicht bildet, d. h. soferne mit dem kontradiktorischen Gegensatz dieses Verhaltens der rechtliche Zwang verknüpft ist. Eben darum ist der Mensch, soferne sein Verhalten nicht in dieser Weise pflichtmäßig gebunden ist, frei. Freiheit in diesem Sinne ist einfach Mangel rechtspflichtmäßiger Gebundenheit. Dies ist auch die engere Bedeutung, in der die Rechtsordnung ,,für" den Menschen gilt, bzw. nicht gilt, während in einem

anderen, weiteren Sinne die Rechtsordnung auch für jene gilt, die an ihrer Erzeugung beteiligt sind, also für alle, deren Verhalten in irgendeiner Weise Inhalt der Rechtsordnung ist. Da die Rechtsordnung wesentlich Zwangsordnung menschlichen Verhaltens ist, ist der Staatsordnung wesentlich, daß ihr Menschen im Sinne pflichtmäßiger Gebundenheit unterworfen sind. Und durch dieses Moment pflichtmäßiger Unterworfenheit wird auch der Begriff des Staatsvolkes wesentlich bestimmt. Dabei ist zu beachten, daß — da die staatliche Rechtsordnung das menschliche Verhalten nicht nach allen seinen Richtungen bindet — eine Grenze zwischen der rechtlichen Gebundenheit und der Freiheit besteht. Die Bindung reicht genau so weit, als die positivrechtliche Norm das menschliche Verhalten ergreift. Unter der Voraussetzung, daß die staatliche Rechtsordnung überhaupt abänderbar ist, kann die Grenze gegen die Freiheit des Menschen beliebig verschoben werden. Es gibt keine juristisch a priori feststellbare Grenze für den Grad, bis zu welchem die Rechtsordnung das Verhalten der Menschen erfassen kann, keine absolute Schranke, die die Freiheit des Individuums gegen die Eingriffe des Staates schützt. Der Idee nach kann die staatliche Zwangsordnung das gesamte Verhalten der Menschen ergreifen, kann sie den Menschen nach jeder Richtung hin binden. Nur soweit dies nicht geschehen ist, bleibt der Mensch frei. Wobei — was mit Nachdruck betont sei — diese Freiheit von der Rechtsordnung, dieses Freisein vom Staate eine rechtlich durchaus negative Qualität ist, d. h. nur dadurch qualifiziert wird, daß sie rechtlich nicht bestimmt ist.

In einem weiteren Sinne ergreift die Rechtsordnung den Menschen, gilt sie „für ihn“, ist er sohin nicht „frei“, nicht nur sofern sein Verhalten als Inhalt von Rechtspflichten, sondern sofern sein Verhalten überhaupt in irgendeinem Sinne Inhalt der Rechtsordnung ist; also auch sofern sein Verhalten Normen erzeugt, er an der Normensetzung irgendwie beteiligt ist, oder m. a. W.: sein Verhalten der von der Rechtsordnung selbst als Bedingung für die Geltung neuer Normen qualifizierte Tatbestand ist. Während die passive Relation der Normunterworfenheit sich im Begriff der Pflicht darstellt, sucht die aktive Relation der Normerzeugung im Begriff des — üblicherweise so bezeichneten — subjektiven Rechtes, als der Berechtigung, ihren Ausdruck. Tatsächlich kann man alle wesentlichen Bedeutungen, unter denen der in der herrschenden Lehre so schwankende Begriff des subjektiven Rechtes auftritt, unter diesem Gesichtspunkt der Normerzeugung zusammenfassen. Erst unter diesem Gesichtspunkt enthüllt sich — das subjektive Gewand abstreifend — der eigentliche also objektive Sinn, dem die bisher nur unsicher tastende und daher vielfach danebengreifende Begriffsbildung zustrebt. Erkennt man als diesen Sinn das für eine genetische Betrachtung des Rechts entscheidende Moment der Normenerzeugung überhaupt, dann kann man sich die schon in anderem Zusammenhange als merkwürdig bezeichnete Tatsache einigermaßen erklären, daß man gerade diese Relation mit dem Worte „Recht“ schlechthin kennzeichnet, obgleich ja damit nur eine bestimmte Beziehung des menschlichen Verhaltens zur Rechtsordnung ausgedrückt wird, und obgleich — wie ja schon betont wurde — auch die Rechtspflicht als „subjektives“ Recht bezeichnet zu werden verdient. So wie man auf die Relation der Rechtserzeugung den Begriff des subjektiven Rechts einzuschränken pflegt, so spricht man dem Menschen nur in dieser Beziehung seiner Aktivität Rechtssubjektivität, Rechtspersönlichkeit zu, obgleich ja auch die passive Relation der Normunterworfenheit die Qualität der Rechtspersönlichkeit — sofern eben mit einer solchen überhaupt operiert wird — rechtfertigen würde. So ist auch in einem tieferen Grunde verständlich, wie der Unterschied zwischen dem sog. privaten und dem öffentlichen Recht — der als Gegensatz innerhalb des subjektiven Rechtes, innerhalb der Rechtsverhältnisse dargestellt wird — nur den Unterschied zweier verschiedener Normerzeugungsmethoden darstellt, wie in einem anderen Zusammenhange gezeigt wurde.

C. Die subjektiven „öffentlichen", insbesondere die politischen Rechte.

Je nachdem ob das den maßgebenden Tatbestand bildende Verhalten des Menschen die Erzeugung genereller oder bloß individueller Norm bedingt, und je nachdem wie diese Satzung individueller Norm erfolgt, unterscheiden sich auch die sog. subjektiven Rechte, kann man verschiedene Gruppen von Berechtigungen differenzieren. Die Erzeugung genereller Normen — das ist der „Gesetze" — geschieht entweder unmittelbar durch diejenigen, für welche die Normen auch pflichtmäßig gelten (unmittelbare Demokratie); die staatliche Ordnung wird also vom „Volke" (das ist den Normunterworfenen) selbst und unmittelbar in der Volksversammlung erzeugt. Dem entspricht das subjektive Recht des einzelnen, sich an der Volksversammlung zu beteiligen, hier mitzureden und mitzustimmen. Oder aber die Gesetzgebung geschieht nur mittelbar durch eine vom Volk gewählte Volksvertretung (mittelbare, repräsentative, parlamentarische Demokratie). Dann zerfällt der Prozeß der generellen Normerzeugung — der sog. staatlichen Willensbildung auf der Stufe genereller Norm — in zwei Stadien: Wahl des Parlaments und Beschlußfassung von seiten der gewählten Parlamentsmitglieder (der Abgeordneten). Demgemäß gibt es in diesem Fall ein subjektives Recht der — einen größeren oder kleineren Kreis von Menschen bildenden — Wähler: das Wahlrecht, und ein subjektives Recht der verhältnismäßig wenigen Gewählten: das Recht auf Mitgliedschaft im Parlament und das Recht, hier mitzureden und mitzustimmen. Diese Tatbestände — die Bedingungen genereller Rechtserzeugung — sind es, die man im wesentlichen als sog. politische Rechte bezeichnet. Wenn man sie gewöhnlich dahin charakterisiert, daß sie dem Berechtigten einen Anteil an der Bildung des staatlichen Willens gewähren, so ist das im wesentlichen richtig. Nur daß man dabei den staatlichen Willen, das ist die Rechtsordnung, zu eng — nämlich nur als generelle Norm, nur als Gesetz — bestimmt; und daß — so betrachtet — jedes Recht, wie sich gleich zeigen wird, ein politisches Recht wäre. Eben darum darf man den Unterschied zwischen generellem und individuellem Staatswillen nicht außer Acht lassen. — Wird die generelle Norm überhaupt nicht, weder mittelbar noch unmittelbar, vom „Volke", d. h. von denjenigen erzeugt, die ihr unterworfen sind, sondern von einem einzigen Menschen, dem alle anderen „rechtlos" und der allen anderen als allein „berechtigt" gegenübersteht, (Autokratie) dann hat das „Volk" keine politischen Rechte, d. h. das Verhalten der Menschen — mit Ausnahme eines einzigen — kommt als normerzeugender Tatbestand nicht vor. Darum aber gibt es doch ein „Volk", denn dieses wird als solches nur durch die Relation der rechtspflichtmäßigen Normunterworfenheit bestimmt. Wenn auch der allein berechtigte Autokrat in keiner Weise in dieser Relation der Normunterworfenheit stehen, also nicht zum Volk gehören muß, ja in der reinen Idee des autokratischen Staates auch gar nicht dazu gehört.

Die Erzeugung individueller Norm erfolgt entweder in der Weise, daß der die Pflicht bedingende Tatbestand, der stets eine auf das pflichtgemäße Verhalten gerichtete Willensäußerung ist, die Willensäußerung des zu Verpflichtenden mit enthält oder nicht; d. h. es ist entweder ein zweiseitiger oder ein einseitiger Akt. Das typische Beispiel für den letzteren Fall ist der imperative Staatsakt: das gerichtliche Urteil, der Verwaltungsbefehl. Für diesen Fall der Normerzeugung oder Staatswillensbildung tritt neuestens der Begriff des subjektiven Rechtes nicht eigentlich in Verwendung. Man betrachtet diese Akte vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Organfunktion und nicht so sehr unter dem des subjektiven Rechtes; obgleich hier kein Gegensatz besteht, da man ja den Wähler ebenso als Organ wie als Subjekt eines Rechtes ansieht, und Anteil an der Staatswillensbildung — die offizielle Begriffsbestimmung zumindest des politischen Rechtes — notwendig Organfunktion sein muß. Offenbar verdrängt hier —in den Fällen der individuellen Staatsakte, die ja in der Regel von beamteten Organen gesetzt werden, — der Be-

amtencharakter die subjektive Einstellung, die im Berechtigungsbegriff steckt. Man spricht im allgemeinen nicht vom „Recht" des Organs, sondern von seiner „Befugnis", seiner „Kompetenz", wobei unter Kompetenz hier nicht nur die Grenze seines rechtlichen Könnens, sondern auch dieses selbst verstanden wird. Doch macht man Ausnahmen; so charakteristischer Weise beim Monarchen, dessen Kompetenz ganz allgemein als Recht bezeichnet wird.

Ein zweiter Fall einseitiger Begründung von Pflichten ergibt sich aus der Bestimmung gewisser Rechtsnormen, die die Realisierung des Zwangsakts (sowie des ganzen bis zum Zwangsakt führenden Verfahrens) von der darauf gerichteten Willensäußerung des Verletzten, der actio, Klage oder Beschwerde abhängig machen. Gerade in diesem Falle spricht man von einem subjektiven Rechte im eigentlichen Sinne. Tatsächlich wird hier das Individualinteresse besonders berücksichtigt. Allein indem dem präsumptiven Interessenten die Rechtsordnung zur Verfügung gestellt wird, wird er in hervorragendem Maße an der Bildung des staatlichen Willens — so wie er in dem individuellen Akt des in der actio begehrten Urteils oder dem beantragten Verwaltungsakt zustande kommt — beteiligt.

Den typischen Fall der zweiseitigen Pflichtbegründung bildet das Rechtsgeschäft des Vertrags. Kraft genereller Norm werden unter der Bedingung der übereinstimmenden Willensäußerung zweier Menschen, beide, oder wird nur einer zu einem vertragsmäßigen Verhalten verpflichtet. Es ist der typische Fall des privaten subjektiven Rechtes, obgleich auch hier das subjektive Recht offenbar in einem Anteil an der staatlichen Willensbildung, der Erzeugung der Rechtsordnung besteht. Denn in diesem — als „Privatautonomie" bezeichneten — Tatbestand liegt nichts anderes vor als eine Delegation des Gesetzes an die vertragschließenden Parteien, den Inhalt der individuellen Rechtsnormen selbst zu bestimmen, d. h. den Prozeß der Rechtserzeugung fortzusetzen. Faßt man das subjektive Recht in diesem Sinn als Ausdruck für die Teilnahme an dem Prozeß der Rechtserzeugung, dann kann man — wie dies zu geschehen pflegt — zwischen dem „Recht", das in dem Abschluß des Rechtsgeschäftes betätigt wird, und dem Recht, das sich in der Klage oder Beschwerde äußert, unterscheiden, da es sich eben um verschiedene Stadien des objektiven Rechtserzeugungsprozesses handelt. Dagegen kommt diese Unterscheidung nicht klar zum Ausdruck, wenn die traditionelle Theorie geltend macht, daß das eine Recht ein Anspruch gegen den Vertragspartner, das andere ein Anspruch gegen den Staat, die staatliche Behörde sei, deren Pflicht zu einem bestimmten Verhalten damit geltend gemacht werde. Den in der actio erhobenen Anspruch rechnet man mit allen anderen Tatbeständen der Teilnahme an der staatlichen Willensbildung zu den öffentlichen subjektiven Rechten.

Neuestens versucht man, die politischen Rechte von den anderen subjektiven öffentlichen Rechten, und zwar speziell von den in Klage und Beschwerde sich äußernden Berechtigungen (bei denen durch die Willensäußerung des Berechtigten die zum Zwangsakt führende Tätigkeit der Gerichte und Verwaltungsbehörden in Bewegung gesetzt wird) dadurch zu unterscheiden, daß man die ersteren als Ansprüche auf Leistungen für den Staat, als Ansprüche, zur Ausübung staatlicher Tätigkeit zugelassen zu werden, die letzteren aber als Ansprüche auf Leistungen des Staates zu charakterisieren versucht. Da es sich aber in beiden Fällen um Beteiligung an der Staatswillensbildung handelt, liegt in beiden Fällen Anspruch auf Zulassung zur staatlichen Tätigkeit vor. Ebenso liegt in beiden Fällen Anspruch auf Leistung des Staates vor. Denn der Prozeß der staatlichen Willensbildung setzt sich aus komplementären, sich wesentlich ergänzenden Handlungen vieler Menschen zusammen. Das Wahlrecht gilt als typisches Beispiel eines Anspruchs auf Zulassung zu staatlicher Tätigkeit. Und dabei ist es die Geltendmachung des Anspruchs auf Entgegennahme des Stimmzettels, dessen Zählung und Feststellung des Wahlresultats durch den Staat, d. h. durch andere Organakte setzende Menschen. Auch ist

nicht entscheidend, daß der Anspruch, wenn er auch auf positive Leistung des Staates gerichtet sein soll — also im Falle der Klage oder Beschwerde — im privaten Interesse des Berechtigten, wenn er auf Zulassung zur Staatstätigkeit gerichtet sein soll, im öffentlichen Interesse erfolgt. In beiden Fällen ist beides im Spiel. Und so betätigt der Wähler sein privates Interesse, und wirkt der Kläger im öffentlichen Interesse, indem er zur Realisierung des objektiven Rechtes beiträgt. Spricht doch die Theorie auch im letzten Falle von „öffentlichem“ subjektivem Recht.

D. Die sogenannten Freiheitsrechte.

Dazu wird ganz allgemein auch die Freiheit vom Staat, soweit sie eben mangels der das Verhalten der Menschen bestimmenden Normen besteht, als subjektives Recht gezählt, ja es werden in der Regel eine ganze Anzahl von einzelnen Freiheiten als subjektive Freiheitsrechte angeführt: so das Recht der persönlichen Freiheit, d. i. das Recht nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen verhaftet zu werden, das Recht der freien Meinungsäußerung, insbesondere das Recht der Pressefreiheit, das Recht auf Freiheit der Wissenschaft, das Recht der Glaubens- und Gewissensfreiheit, das Recht der Vereins- und Versammlungsfreiheit, das Recht der freien Auswanderung, das Recht der Eigentumsfreiheit, d. i. das Recht gegen Eingriffe in das Privateigentum von seiten des Staates u. a. m. Daß es sich dabei in keiner Weise um Rechte handeln kann, weil eine rechtsfreie Sphäre nicht als „Recht“ qualifizierbar ist, weil die „Freiheit“ als frei sein von der Rechtsordnung eben rechtlich nur negativ bestimmbar ist, geht aus dem bisher Gesagten hervor. Aber auch dies ist offenbar, daß der Bereich rechtlicher Freiheit in eine von vornherein gar nicht erschöpfbare Anzahl von Einzelfreiheiten zerlegt werden kann. Jedes Verhalten, dessen kontradiktorischer Gegensatz nicht Inhalt einer Rechtspflicht ist, steht dem Menschen „frei“. Und sohin hätte dieser ebenso ein Recht, zu atmen, spazieren zu gehen usw., wie ein Recht, seine Meinung zu äußern oder jeder ihm beliebigen Religion anzugehören. Außerhalb der staatlichen Rechtsordnung — und jene Sphäre, die die Theorie mit Freiheitsrechten auszufüllen bemüht ist, liegt außerhalb der Rechtsordnung — kann es kein „Recht“ geben, es wäre denn ein Naturrecht. Und darum hat auch niemand einen rechtlich irgendwie qualifizierbaren Anspruch auf Freiheit vom Staat oder auf ein Unterlassen des Staates, wie man dieses angebliche subjektive öffentliche Recht im Anschluß an den Anspruch auf Zulassung zur Staatstätigkeit bezeichnet.

Indes schließt sich hier die staatsrechtliche Theorie an eine allerdings sehr problematische Praxis der modernen Verfassungen an. Diese enthalten nämlich in der Regel einen Katalog solcher Freiheitsrechte. Sie folgen dabei dem Beispiel der französischen Verfassung aus der Zeit der großen Revolution, die selbst wieder die Verfassungen der Gliedstaaten der Nordamerikanischen Union nachahmt. Diese enthielten noch aus der Zeit her, da sie englische Kolonien waren, einen solchen Katalog von Freiheitsrechten, in dem insbesondere das Recht der religiösen Freiheit des einzelnen gegenüber Eingriffen des Staates garantiert war. Der Gedanke der religiösen Freiheit bildet auch den Ausgangspunkt, der zu dieser rechtstechnischen Besonderheit geführt hatte. Im Kampf einer religiösen Überzeugung gegen die Tendenzen der die staatliche Ordnung bestimmenden, herrschenden Gruppe bildet sich die Ideologie einer dem Menschen gleichsam angeborenen, absoluten Freiheitssphäre, in die staatliche Ordnung nicht eingreifen dürfe, nicht eingreifen könne, ohne mit dem Wesen des Staates oder des Rechts in Konflikt zu kommen. Diese ganze, spezifisch naturrechtliche Ideologie der meisten revolutionären Bewegungen stützt sich auf die Vorstellung, daß die Geltung der Rechtsordnung letzten Endes auf dem freien Willen des einzelnen beruhe, daß die Rechtsordnung wenigstens grundsätzlich nur durch Vertrag konstituiert werden dürfe, daß daher dem anderweitig entstandenen positiven heteronomen Recht gegenüber das Recht

des Individuums, das „subjektive" Recht nicht nur seinem Gewichte, sondern auch der Zeit nach vorangehe, daß das objektive Recht, der Staat, nur zum Schutze der subjektiven Rechte da sei, und daher solche Rechte — sofern sie sich aus der Natur des Menschen von selbst verstehen, absolut evident sind — weder zu verleihen imstande, noch zu verletzen berechtigt sei. So wird das „Recht" zur Freiheit vom Staat (d. i. dem positiven Recht) und der Staat zur Schranke dieser Freiheit, sei es als Schutz, sei es als — unzulässiger — Eingriff. Solcher Eingriff soll ausgeschlossen oder doch nur unter der Voraussetzung zulässig sein, daß der Einzelmensch zustimmt: Vertrag. Bei der Gründung englischer Kolonien in Nordamerika setzt sich diese Ideologie in dem Text der Verfassungsurkunden — die als Beurkundungen eines Sozialvertrages gedacht waren — durch. Die Freiheitssphäre gegen den Staat, d. h. das positive Recht, wird positivrechtlich — also von Staatswegen — umschrieben; ein Katalog von Freiheitsrechten aufgestellt, der natürlich nur die wichtigsten, umstrittensten „Rechte", d. h. jene enthielt, in die bisher die besonders unangenehm empfundenen Eingriffe der staatlichen Ordnung stattgefunden haben. Das Paradoxe der Situation besteht darin, daß alle naturrechtlichen Prinzipien, sobald sie das Gewand positiven Rechtes annehmen, denaturiert werden. Sie sind nicht mehr Naturrecht, sondern positives Recht, aber sie haben auch ihre Bedeutung geändert. Ursprünglich Verbote an den Staat, Normen, die gewisse Akte des Staates verbieten, ausgehend von einer staatsfremden Instanz. Nunmehr Normen des Staates selbst. Sofern sie aber als Verbote des Staates selbst auftreten, sind sie zumindest überflüssig. Denn es ist sinnlos, Akte des Staates zu verbieten, da solche Akte, sofern sie nicht ausdrücklich geboten sind, sofern nicht Menschen als Organe des Staates zu solchen Akten ermächtigt, d. h. verpflichtet werden, rechtlich gar nicht möglich sind. Der Mensch darf alles tun, was ihm nicht vom Staat, d. h. von der Rechtsordnung verboten ist. Der Staat kann nur: d. h. der Mensch als Staatsorgan kann nur, was ihm die Rechtsordnung ausdrücklich erlaubt. Denn als Staatsakte können nur Tatbestände gelten, die in Rechtsnormen statuiert sind. Das gilt nicht etwa nur für den sog. Rechtsstaat im technischen Sinne, es gilt auch für den autokratischen Staat; nur daß hier der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der individuellen Staatsakte darum nicht ins Bewußtsein tritt, weil jeder beliebige Akt, den der Autokrat setzt, implicite Gesetz ist. Wenn somit in modernen Verfassungen ein Katalog von Freiheitsrechten aufgenommen wird, der Bestimmungen von der Art enthält: daß Eingriffe des Staates in irgendeine näher bezeichnete Freiheitssphäre unzulässig seien, so würde die Weglassung eines solchen Satzes, sofern er nicht die Funktion hat, eine bisher bestandene Ermächtigung zu derartigen Eingriffen aufzuheben, an dem materiellen Bestand der Rechtsordnung nichts ändern. Besonders deutlich tritt die Überflüssigkeit derartiger Normierungen von Freiheitsrechten dann hervor, wenn sie, wie häufig, die Form annehmen: daß Eingriffe des Staates in bestimmte Freiheitssphären nur auf Grund von Gesetzen erfolgen dürfen. Denn der gesetzlichen Begründung bedarf schlechthin jeder staatliche Akt. Von irgendeiner Relevanz sind solche Statuierungen von Freiheitsrechten nur dann, wenn sie den Charakter von formalen Verfassungsgesetzen haben, d. h.: wenn die Abänderung der die Freiheitsrechte statuierenden Normen nur unter erschwerenden Bedingungen, z. B. qualifizierte Majorität des Parlamentsbeschlusses, möglich ist. Dann kann nämlich die gesetzliche Ermächtigung zu Eingriffen in die geschützte Freiheitssphäre nur als verfassungsänderndes Gesetz, also nur schwerer zustande kommen als ein gewöhnliches Gesetz. Und dann genießt die Freiheitssphäre tatsächlich einen gewissen erhöhten rechtlichen Schutz, ohne dadurch freilich zum Recht zu werden. Nur darf die verfassungsmäßige Gewährleistung des Freiheitsrechtes nicht — wie dies mitunter geschieht — etwa in der Form geschehen: das Eigentum ist unverletzlich; Enteignungen dürfen nur auf Grund des Gesetzes erfolgen. Oder: die Freiheit der Meinungsäußerung ist nur durch das Gesetz ein-

geschränkt. Denn hier wird die verfassungsmäßige Garantie der Freiheitssphäre sofort dadurch wieder aufgehoben, daß durch die Verfassung die einfache Gesetzgebung zu den Eingriffen in die Freiheitssphäre delegiert wird.

E. Die „wohlerworbenen“ Rechte und das sogenannte Staatsnotrecht.

Im engsten Zusammenhange mit der Lehre von den sogenannten Freiheitsrechten und insbesondere mit der Freiheit des Eigentums steht die Theorie der „wohlerworbenen“ Rechte, die noch heute, zumal in der Rechtspraxis, eine gewisse Rolle spielt. Mit Hilfe der Vorstellung von der Priorität des subjektiven Rechtes vor dem objektiven glaubt man den Rechtssatz behaupten zu können, daß der Staat wie das Eigentumsrecht so überhaupt alle „wohl“, nämlich rechtmäßig erworbenen Rechte schonen, das heißt sich jedes Eingriffs in diesen Bereich enthalten müsse, solche Rechte weder entziehen noch schmälern dürfe. Während für das Grundrecht des freien Eigentums neben dem Schutz des subjektiven Rechtes auch die Vorstellung bestimmend ist, daß die objektive Institution des Privateigentums irgendwie wesentlich für den Staat sei, ruht beim Begriff des „wohlerworbenen“ Rechtes das Hauptgewicht auf dem Gedanken einer Konservierung des in die Form subjektiver Rechte gekleideten Besitzstandes. In dieser Tendenz der Erhaltung wirtschaftlicher Macht einer besitzenden Klasse liegt der politische Sinn des durchaus naturrechtlichen Dogmas von der Pflicht des Staates zur Respektierung wohlerworbener Rechte. Es ist ursprünglich zum Schutze des politisch rechtlosen Bürgertums gegen den absoluten Monarchen entstanden; und daraus erklärt sich, daß es stets nur auf private, speziell auf Vermögensrechte, nicht aber eigentlich auf öffentliche, politische Rechte angewendet wurde. Nach Eroberung der politischen Macht durch das Bürgertum bedient man sich des Dogmas von den wohlerworbenen Rechten gelegentlich auch gegen gewisse Tendenzen der Gesetzgebung und Vollziehung, in denen die Interessen der nunmehr zur politischen Macht strebenden, besitzlosen Klasse zur Geltung kommen.

Dem positiven Rechte gegenüber — das ist aber gerade dem Staate gegenüber — läßt sich das Dogma nicht halten. Sowohl durch individuelle wie durch generelle Normen können wohlerworbene Rechte eingeschränkt und entzogen werden. Doch ist die Bedeutung des fraglichen Grundsatzes in beiden Fällen eine verschiedene. Die Entziehung oder Beschränkung des Eigentumsrechtes oder irgendeines anderen subjektiven Privatrechtes ist im konkreten Falle positivrechtlich zweifellos, wenn auch nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung möglich. Doch ist diese gesetzliche Ermächtigung keineswegs eine Besonderheit, die sich aus dem Gedanken eines Schutzes der subjektiven Rechte ergibt, sondern nur die Konsequenz des Grundsatzes, daß kein individueller Staatsakt ohne gesetzliche Grundlage möglich ist. Gegenüber dieser Sachlage zieht sich die Lehre von den „wohlerworbenen“ Rechten zumeist auf die Behauptung zurück, daß solche Rechte und insbesondere das Eigentum nicht ohne volle Entschädigung des betroffenen Rechtssubjektes und nur im öffentlichen Interesse entzogen oder geschmälert werden können. Man spricht in solchem Falle von Enteignung oder Expropriation. Es handelt sich dabei nicht um Aufhebung, sondern um Entziehung des Eigentumsrechtes und Übertragung auf ein anderes Subjekt, sei es auf den Staat selbst, sei es auf einen Privaten. Geschieht solches ohne Entschädigung, spricht man von Konfiskation. Die Entschädigungspflicht bedarf selbstverständlich positivrechtlicher Statuierung; aus der Natur des wohlerworbenen Rechtes läßt sie sich nicht deduzieren. Die Entscheidung der Frage, ob der Staat auch Ausländern Eigentum oder andere Privatrechte ohne Entschädigung entziehen dürfe, hängt ausschließlich davon ab, ob sich ein positiver Völkerrechtssatz — Gewohnheits- oder Vertragsnorm — findet, der solches untersagt.

Die Frage, ob der Staat durch generelle Rechtsnormen, also insbesondere durch Gesetz, in schon bestehende, weil auf Grund früherer Gesetze entstandene Rechtsverhältnisse eingreifen dürfe, ist die Frage nach der Möglichkeit einer Rückwirkung von Gesetzen und sohin ein Problem des zeitlichen Geltungsbereiches der Rechtsordnung. Sofern die Verfassung lediglich die Organe und das Verfahren der Gesetzgebung festsetzt, hinsichtlich des Inhalts der Gesetze keine Bestimmung enthält, die Inhaltsbestimmung vielmehr den Gesetzgebungsorganen überläßt, muß angenommen werden, daß die Gesetze wie hinsichtlich ihres Inhalts überhaupt, so auch hinsichtlich des — nur als Inhalt der Normen in Betracht kommenden — Zeitmomentes nicht beschränkt sind. Sofern die Verfassung eine Rückwirkung nicht ausschließt, kann sie daher das Gesetz für sich in Anspruch nehmen. Also auch nach dieser Richtung kann die Wohlerworbenheit eines Rechtes keine Schranke bilden; eine solche kann nur durch positive Verfassungsrechtsnorm gesetzt werden. —

Als Gegenstück zu den natürlichen, angeborenen Grund- und Freiheitsrechten des Untertanen behauptet man mitunter auch eine Art natürliches Recht des Staates, das aus der Tatsache seiner Existenz schlechthin folge, das er jedoch nur im Falle eines Notstandes auszuüben befugt sei. Ergäbe sich nämlich ein solcher Notstand, dann dürfe der Staat auch wohlerworbene Rechte verletzen, in die Freiheitssphäre seiner Untertanen auch ohne gesetzliche Ermächtigung eingreifen, ihnen insbesondere auch ohne Entschädigung Eigentum entziehen oder gar vernichten; ja der Notstand rechtfertige schließlich und endlich jede Verletzung der Rechtsordnung, auch der Verfassung von seiten der Staatsorgane, insbesondere auch des Staatsoberhauptes. Man spricht von einem Staatsnotrecht und argumentiert etwa in der Weise: der Staat muß eben leben, und wenn dies auf rechtmäßigem Wege unmöglich ist, sind die höchsten Organe des Staates und vor allem das höchste Organ, der Monarch, verpflichtet alles zu tun, um den Staat zu erhalten. Dabei handelt es sich natürlich nur um ein politisch-naturrechtliches Räsonnement, das sich — wie gewöhnlich — als positives Recht zu geben versucht. Hinter der treuherzigen Versicherung, daß der Staat „leben" müsse, verbirgt sich meist nur der rücksichtslose Wille, daß der Staat so leben müsse, wie es diejenigen für richtig halten, die sich der Rechtfertigung eines „Staatsnotrechtes" bedienen.

Von dem Staatsnotrecht zu unterscheiden ist die in manche Verfassungen ausdrücklich aufgenommene Möglichkeit, die Bestimmungen betreffend die Freiheitsrechte der Untertanen oder auch andere Verfassungsvorschriften im Kriegsfall oder bei inneren Unruhen zeitweise zu suspendieren und die damit verbundene Ermächtigung zu weitgehenden Eingriffen der Behörden in die Freiheit des einzelnen. Es ist dies die sogenannte Verhängung des Belagerungs- oder Ausnahmezustandes.

F. Die Wesentlichkeit der passiven Beziehung.

Überblickt man die verschiedenen Formen, in denen menschliches Verhalten als Berechtigung den Inhalt der Rechtsordnung bilden und demgemäß an der Erzeugung der Rechtsordnung beteiligt sein kann, so ergibt sich, daß die Vielheit von Menschen, die in ihrer Normunterworfenheit, in der passiven Relation ihres pflichtmäßig gebundenen Verhaltens das „Volk" bilden, nicht notwendig auch in der aktiven Relation des sog. subjektiven Rechtes stehen muß. Während die staatliche Ordnung ihrem Wesen nach das Verhalten einer Vielheit von Menschen pflichtmäßig binden muß, eine Vielheit von Menschen einen Staat nur bilden können, sofern ihr Verhalten als Inhalt von Rechtspflichten bestimmt ist, die eine staatliche Ordnung statuiert, so kann diese, muß aber nicht die Vielheit von Menschen berechtigen, indem sie sie an der Erzeugung der Rechtsordnung beteiligt, d. h. ihr Verhalten in irgendeinem Sinne als Bedingung für die Satzung von Normen, sei es von generellen, sei es von einseitig oder zweiseitig zu konstituierenden, individu-

ellen Normen setzt. Daß das Volk keine politischen Rechte haben, d. h. in keiner Weise an der Erzeugung genereller Normen beteiligt sein muß, ist ja selbstverständlich. Auch in den modernen Staaten ist es noch nicht zu lange her, daß die der Rechtsordnung Unterworfenen auch an der Erzeugung der Rechtsordnung in ihrer generellen Form, der Gesetzgebung, beteiligt sind. Und auch jetzt noch ist das Ausmaß dieser Beteiligung ein sehr verschiedenes. Daß auch die Frauen zum Staatsvolke gehören, d. h. daß sie der Staatsordnung pflichtmäßig unterworfen sind, steht außer Frage; daß sie aber politisch berechtigt werden, ist noch vielfach Gegenstand politischen Kampfes. Die Demokratie ist eben keine dem Staat wesensnotwendige Form. Aber auch auf der Stufe individueller Normerzeugung bedeutet die Autokratie, ihrer Idee nach, daß nur ein einziger Mensch, der selbst von der Geltung der Staatsordnung im engeren Sinne ausgenommen, also nicht in der Relation der Normunterwerfung steht und daher nicht zum „Volk" gehört, die individuellen Normen setzt. Sicherlich ist diese Idee nicht vollkommen realisierbar. Aber sie dokumentiert sich in der Fiktion, daß die Menschen, deren sich der Autokrat — weil er alles nicht selbst leisten kann — nun einmal bei der Normsetzung, den imperativen Verwaltungsakten (Urteil, Verwaltungsbefehl) bedienen, denen er also als Organen Anteil an der Bildung des Staatswillens geben muß, nur seine Stellvertreter, nur gleichsam er selbst, sein alter ego seien. Jedenfalls ist die Zahl dieser Menschen im Verhältnis zur Masse des Volkes eine verschwindend kleine. Und auch in den modernen Demokratien beschränkt sich das demokratische Prinzip, d. h. die politische Berechtigung nur auf die Teilnahme des Volkes an der Gesetzgebung, bleibt die Vollziehung — Gerichtsbarkeit und Verwaltung — grundsätzlich autokratisch geregelt. Ein allgemeines politisches Recht der Normunterworfenen, an der Vollziehung so mitzuwirken wie an der Gesetzgebung, besteht eigentlich noch nicht, die Entwicklung nach dieser Richtung ist erst in den Anfängen. Aber auch jene Form der Berechtigung, die darin besteht, daß dem Einzelmenschen zur Wahrung seiner Interessen durch das Mittel der actio (Klage, Beschwerde) die Rechtsordnung zur Verfügung gestellt wird, auch diese Art der Beteiligung an der Staatswillensbildung ist der Staatsordnung nicht wesensnotwendig, wie es vielleicht scheinen möchte, weil diese rechtstechnische Modalität ganz allgemein und insbesondere auch in den absoluten Monarchien verbreitet ist. Die Privatklage als Bedingung für die Realisierung des Zwangsaktes ist — wie bereits in anderem Zusammenhange betont — mit dem Grundsatz des Privateigentums so sehr verbunden, daß eine Rechtsordnung, die kein Privateigentum kennt, ein sozialistischer Staat etwa, von diesen rechtstechnischen Mitteln keinen Gebrauch machen müßte. Ein solcher Staat würde subjektive Rechte in diesem Sinne gar nicht verleihen. Würde er auf die Statuierung von Rechtspflichten, d. h. Tatbestände unter die Sanktion von Zwangsakten zu stellen, verzichten, wäre eine solche Ordnung kein Staat, weil keine Zwangsordnung mehr. Ebenso ist es der staatlichen Ordnung nicht begriffswesentlich, der Privatautonomie irgendeinen Raum zu geben. Bis zu welchem Grade dies freilich faktisch möglich ist, bleibt eine andere Frage. Hier steht allein zu Problem, ob nicht nur die passive, sondern auch die aktive Relation zur Rechtsordnung dem Staate *wesentlich* sei.

Ja nicht einmal dies kann zum Wesensgehalt der staatlichen Ordnung gerechnet werden, daß der Mensch notwendig als *Schutzobjekt* gelte, indem jedes sein Leben, seine Gesundheit, Ehre oder seine wirtschaftlichen Interessen verletzende Verhalten die Bedingung für einen Zwangsakt gegen den Verletzer bildet. Das ist wohl regelmäßig bis zu einem gewissen Grade Inhalt der staatlichen Rechtsordnung. Allein der Kreis der Menschen, die solchermaßen geschützt werden, ist ein sehr verschiedener. Man denke an Staaten, in denen ein großer, vielleicht sogar der größere Teil der Menschen — die Sklaven — dieses Schutzes nicht teilhaftig sind.

G. Die Staatsbürgerschaft.

Schutzlos und völlig rechtlos ist ursprünglich auch der Fremde, gleichbedeutend mit „Feind". Schrittweise wird ihm Schutz, allmählich auch Berechtigung zuteil. Im Gegensatz zu den schutz- und rechtlosen oder doch minderberechtigten Staats-Fremden bildet sich der Begriff des Staats-Bürgers. Dieser ist noch heute bedeutsam, da noch heute der Fremde nicht voll berechtigt ist. Zwar ist er in der Regel hinsichtlich der sog. privaten und eines Teils der öffentlichen Rechte dem Staatsbürger gleichgestellt; er kann insbesondere durch Klage und Beschwerde den Schutz der Rechtsordnung von seiten der Behörde für sich in Anspruch nehmen wie der Bürger. Stets aber fehlen ihm die politischen Rechte im engeren Sinn. Auch ist er nicht, wo allgemeine Wehrpflicht besteht, dieser unterworfen. Im übrigen sind Fremde hinsichtlich der Pflichten den Staatsbürgern — im allgemeinen — gleichgestellt. Die mitunter behauptete besondere Treu- und Gehorsamspflicht der Staatsbürger ist — sofern sie sich nicht in konkreten Rechtspflichten, bzw. Unrechtsfolgen äußert — nur ein ethisch-politisches Postulat ohne rechtliche Bedeutung. Nur Fremden, nicht aber — in der Regel wenigstens — Staatsbürgern gegenüber sind die Behörden zu einer Ausweisung aus dem Staatsgebiet befugt. Doch können mitunter auch Staatsbürger unter besonderen Umständen — als Strafe für bestimmte Delikte — des Landes verwiesen werden. Nur Staatsbürger genießen im Ausland den Schutz durch die diplomatischen Vertreter ihres Staates. Das ist der Durchschnittsgehalt, den das Rechtsinstitut der Staatsbürgerschaft in den modernen Rechtsordnungen aufweist. Hinsichtlich des Erwerbs und Verlustes der Staatsbürgerschaft treffen die einzelstaatlichen Rechtsordnungen voneinander recht ababweichende Bestimmungen. In der Regel folgt das eheliche Kind der Staatsbürgerschaft des Vaters, das uneheliche jener der Mutter, die Frau dem Manne. Mitunter wird die Staatsbürgerschaft durch Geburt im engeren Staatsgebiete oder durch längeren qualifizierten Aufenthalt erworben. Andere Erwerbsgründe sind: Legitimation eines unehelichen Kindes durch das Staatsoberhaupt, Adoption. Ferner Verleihung der Staatsbürgerschaft an einen Fremden in der Regel nur auf dessen Ansuchen (Naturalisation). Schließlich wird in völkerrechtlichen Verträgen bei Gebietsveränderungen bestimmten Kategorien von Menschen die Möglichkeit gegeben, durch Option — d. i. eine einseitige Erklärung — die Staatsbürgerschaft jenes Staates zu erwerben, der das Gebiet erworben, oder jenes Staates, der es verloren hat. Der Verlust der Staatsbürgerschaft erfolgt meist in korrespondierender Weise zum Erwerb. Besonderer Hervorhebung bedarf: Verlust durch Auswanderung oder langdauernde Abwesenheit vom Staatsgebiet, dann die sog. Entlassung aus dem Staatsverband, der Naturalisation analog. Da die Normen der einzelstaatlichen Ordnungen den Erwerb der Staatsbürgerschaft meist nicht an die Bedingung binden, daß die bisher bestandene Staatsbürgerschaft nach den Normen ihres Staates verloren geht, und an den Erwerb der fremden Staatsbürgerschaft nicht den Verlust der eigenen knüpfen, sind Fälle doppelter Staatsbürgerschaft, aber auch Fälle von Staatsbürgerschaftslosigkeit nicht selten. Der erstere liegt vor, wenn ein und derselbe Mensch vom Standpunkt zweier einzelstaatlicher Ordnungen als deren Bürger anzusehen ist, die letztere, wenn dies vom Standpunkt keiner Rechtsordnung der Fall ist. Solche — speziell im Kriegsfall — bedenklichen Kollisionen können durch zwischenstaatliche Verträge über Erwerb und Verlust der Staatsbürgerschaft vermieden werden.

So wie die Staatsbürgerschaft als Voraussetzung bestimmter Rechte und Pflichten eine besondere Zugehörigkeit zu einem Staate, drückt die Heimatsberechtigung die besondere Zugehörigkeit zu einer Teilordnung, bzw. Teilgemeinschaft, der Gemeinde aus. Die Heimatsberechtigung ist in der Regel die Voraussetzung für den Anspruch auf Armenunterstützung, sofern die Gemeinde die Armenlast

trägt; mitunter für bestimmte politische Rechte, die Anteil an der Gemeindeverwaltung geben. Die in einer Gemeinde Heimatberechtigten können in der Regel aus dem Gebiet dieser Gemeinde nicht ausgewiesen werden. In der Regel können nur Staatsbürger und sollen alle Staatsbürger heimatberechtigt sein. Doch sind Ausnahmen häufig.

Staatsbürgerschaft und Heimatsberechtigung sind zwar regelmäßige Institutionen des modernen Staates, aber sie sind dem Staate als solchem nicht wesentlich. Der Staat muß Untertanen, aber er muß keine „Staatsbürger" haben. Und so gehört denn auch der Fremde, sofern er der staatlichen Rechtsordnung unterworfen ist, zum Staatsvolk; selbst dann, wenn er rechtlos aber doch rechtlich verpflichtet ist. Das Staatsvolk besteht keineswegs bloß aus den Staatsbürgern, diese bilden nur innerhalb des Staatsvolkes eine besonders berechtigte und besonders verpflichtete Gruppe von Menschen.

H. Naturrechtliche Tendenzen der Theorie vom Staatsvolk.

1. Staatsvolk als Elemente des Staatssubjekts. Die herrschende Theorie vom Staatsvolk ist ein klassisches Beispiel dafür, wie bestimmte ethisch-politische Postulate als Lehren vom Wesen des Staates vorgetragen werden. Wie beim Staatsgebiet, so unterscheidet man auch beim Staatsvolk eine doppelte Qualität: es soll sowohl dem Staats-Subjekt, als auch dem Staats-Objekt angehören, sowohl Element des Staates als einer Person, als auch Objekt der staatlichen Herrschaft sein. Hier, bei der Lehre vom Staatsvolk, enthüllt diese merkwürdige Unterscheidung des Staates nach subjektiver und objektiver Richtung erst ihren eigentlichen Sinn. Gemeint ist nämlich: Es gehöre zum Wesen des Staates, daß das Volk nicht nur vom Staat beherrscht werde, also Objekt sei, sondern auch, daß es — in der Person des Staates — selbst herrsche. In seiner objektiven Qualität ist das Volk ein Inbegriff von Verpflichteten, in seiner subjektiven ein Inbegriff von Berechtigten, von Trägern subjektiver Rechte. Der Staat in subjektiver Hinsicht ist eben nichts anderes als das Recht im subjektiven Sinne! Dabei wird ganz offenkundig das Schwergewicht auf die subjektive Qualität des Volkes gelegt, die man unmittelbar aus dem Begriff des Staates abzuleiten versucht, den man zu diesem Zweck als „Körperschaft" definiert, und dabei subintelligiert, daß Körperschaft ein Verband sei, bei dem an der Bildung des Verbandswillens die Glieder beteiligt und in diesem Sinne subjektiv berechtigt sind. Und so sehr wird diese subjektive Qualität des Volkes betont, daß eine Vielheit von Menschen, die lediglich unter einer Herrschaft stehen, in keiner Weise aber berechtigt sind, d. h. einer Ordnung lediglich pflichtmäßig unterworfen sind, nicht als „Staat" gelten soll. Das Volk muß also zumindest auch ein Inbegriff von Berechtigten, muß in irgendeinem Grade an der staatlichen Willensbildung beteiligt sein, um ein „Staats"volk zu sein. Dabei kann man sich aber der Erkenntnis nicht verschließen, daß eine Vielheit von Menschen zur Einheit des Staatsvolkes ja doch nur durch die Einheit der diese Vielheit unterwerfenden Staatsgewalt, d. h. aber die v e r p f l i c h t e n d e Geltung einer Rechtsordnung wird.

Die auffallende Präponderanz des subjektiven Momentes bei der Darstellung der Lehre vom Staatsvolk, durch die das Moment der Berechtigung — des sog. subjektiven Rechtes — in den Vordergrund, das Pflichtmoment aber in den Hintergrund geschoben wird, ist das charakteristische Symptom für den Einbruch naturrechtlicher Erwägungen; begreiflicherweise nur auf dem Wege von Trugschlüssen: Das Volk ist ein wesentliches Element des Staates, der Staat ist Rechtssubjekt, d. h. Person; das Volk ist also Element eines Rechtssubjektes, es steckt im Rechtssubjekt, ist also der Rechtssubjektivität teilhaftig: also sind die Menschen, die das Volk bilden, begriffsnotwendig Rechtssubjekte und zwar im Sinn von Berechtigten.

d. h. im wesentlichen: an der staatlichen Willensbildung beteiligt. Der demokratische Staat wird so als der Staat schlechthin demonstriert; wobei natürlich die Dosierung des demokratischen Prinzips im Ermessen des jeweiligen Darstellers liegt. Dieses Beispiel ist insbesondere auch darum so lehrreich, weil es den Mißbrauch zeigt, den die Verschleierung des prinzipiellen Unterschiedes ermöglicht, der zwischen dem Sinn des Satzes: der Staat — d. h. eine juristische Person — hat ein Recht (oder eine Pflicht) und jenem des Satzes: der Mensch hat ein Recht (oder eine Pflicht) besteht. Im ersten Fall eine rechtstheoretische Personifikation, bloß Beziehung auf die Einheit des Systems, im letzteren Falle: Behauptung eines bestimmten Rechtsinhaltes, eines spezifischen Tatbestandes, ohne positiv-rechtliche Grundlage. (Vgl. S. 70, 73.) Der Trugschluß der herrschenden Lehre besteht gerade darin, daß sie aus einer rechtstheoretischen Hilfsvorstellung einen — nur positiv-rechtlich begründbaren — Tatbestand zu erschließen, d. h. aber zu erschleichen versucht. Daß es hier im Dienste demokratischer Politik geschieht, während sonst autokratische Tendenzen die Theorie bestimmen, kann natürlich nichts an dem Urteil ändern.

Es ist schon öfters betont worden, daß der antiken Staatslehre, die ja in mancher Hinsicht, so auf dem Gebiete der Staatsformen- und Verfassungslehre Bedeutendes geleistet hat, die für die moderne Theorie des Staatsvolks so wichtige Erkenntnis subjektiver, speziell subjektiver öffentlicher Rechte gänzlich gefehlt habe. (Jellinek.) Daß sich die einschlägigen Probleme auch ohne diesen Begriff des subjektiven Rechtes, ja ohne ihn besser darstellen lassen, geht aus dem Gesagten hervor. Wenn die antike Staatslehre den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes nicht gebraucht, so liegt das daran, daß dieser ganze Begriff mit seiner naturrechtlichen Spitze sich gegen eine autokratisch positive Staatsordnung richtet, im Kampf gegen die absolute Monarchie entwickelt wird. Dieser Begriff, hinter dem sich ja nur die politische Forderung der Demokratie verbirgt, hat im antiken Staat, wo diese Forderung bereits erfüllt ist, keinen Zweck.

2. Staatsvolk und Kolonievolk. Daß im übrigen bei der Lehre von der subjektiven Qualität des Volkes auch noch andere als gerade demokratische Nebentöne mitklingen können, zeigt sich darin, daß man in Konsequenz dieser Theorie das eingeborene Volk der einem Staate zugehörigen Kolonien nicht zum Staatsvolk rechnet, weil die Natives zwar vom Staate beherrscht werden, d. h. durch dessen Ordnung verpflichtet sind, nicht aber — so wie die Mitglieder des Staatsvolks — am Staatssubjekt partizipieren, d. h. an der Erzeugung der staatlichen Ordnung beteiligt sind. Da die private Rechts- und insbesondere auch die Prozeßfähigkeit der Natives in der Regel besteht, kann es eigentlich nur der Mangel der sog. politischen Rechte sein, der sie aus dem Staats„volk" ausschließt. Die politischen Rechte aber fehlten bis vor kurzem und fehlen jetzt auch noch in demokratischen Staaten großen Gruppen von Menschen, die man darum doch zum Staatsvolk rechnet. Sollte es also nicht Rassendünkel sein, der hier auf die Theorie vom Staatsvolk abfärbt? So wie es Klassendünkel war, wenn ältere Theorien den Staat nur aus den „Freien" bilden ließen, während der „Unfreie" schon Subjekt der Rechtspflichten und zum Teil sogar schon gewisser — wenn auch nicht politischer — Berechtigungen war.

3. Staatsvolk als Schranke der Staatsgewalt. Die Behauptung, daß die das Staatsvolk bildenden Menschen notwendigerweise in irgendeinem Grade berechtigt, womöglich politisch berechtigt sein müssen, wird selbstverständlich nur zum Schein aus dem Wesen oder Begriff des Staates abgeleitet. In Wahrheit lebt auch im Rahmen der modernen, sich als positivistisch ausgebenden Staatstheorie eine uralte Vorstellung naturrechtlicher Ideologie wieder auf: Die Priorität des subjektiven Rechts, als des Rechts des Individuums, verbunden mit dem Gedanken, daß nur der Wille des Individuums der letzte Geltungsgrund alles Rechtes sei. Der Mensch hat eben nach dieser ganzen, in ihrer letzten Konsequenz das positive Recht zersprengenden

Theorie ganz unabhängig vom Staat und „seiner“ Ordnung, das ist eben der positiven Rechtsordnung, gewisse unentziehbare „angeborene“ Rechte. Er ist vor dem Staat Rechtssubjekt, Person; und — streng genommen — ist er es, der in Verbindung mit anderen Menschen dem Staat Rechtssubjektivität, Persönlichkeit leiht. Zu solcher Konsequenz wagt sich die Theorie freilich nur selten. Sie begnügt sich mit der Halbschlächtigkeit, daß der Staat die Rechtspersönlichkeit der sein Volk bildenden Menschen anerkennen müsse, und kommt dann zu dem seltsamen Resultat, daß der Staat, wenn er dies nicht tut — und gerade als Staat kann er eben rechtlich, was er will — kein Staat ist. Vom Standpunkt dieser naturrechtlichen, gegen die Bedingungen des positiven Rechts gerichteten und daher nur das „Rechts-“, nicht das Pflicht-Moment betonenden Ideologie ist dann auch verständlich, warum die Rechtspflicht nicht als subjektives „Recht“ und das Subjekt der Rechtspflicht nicht als Rechtssubjekt, nicht als Persönlichkeit gelten soll. Daher denn das Volk in seiner subjektiven Qualität ein Inbegriff von Berechtigten sein muß. Andererseits muß man aber wieder zugeben, daß die nach herrschender Lehre das innerste Wesen des Staates bildende Staatsgewalt, Staatsherrschaft — wie man sich auszudrücken pflegt — nur in dem Gehorsam, nur in der Unterwerfung der Menschen existiert, d. h. die verpflichtende Geltung einer Rechtsordnung ist, wesentlich in der passiven Relation des Menschen zur Rechtsordnung, in der Verpflichtung besteht. Der Widerspruch ist vollendet.

Und so ist es nicht zu verwundern, daß in der modernen Theorie vom Staatsvolk der rechtlich negative Bereich des Freiseins vom Staate — der sich wesentlich von dem auch als „Freiheit“ bezeichneten positiven Bereich rechtlichen Könnens, der Berechtigung, der dem demokratischen Prinzip entsprechenden Beteiligung an der Staatswillensbildung, unterscheidet — ebenso wie in der alten Naturrechtslehre als subjektives Recht in dem Sinne einer irgendwie aus der Natur des Menschen evidenten, absoluten Grenze gegen die Staatsgewalt auftritt. Diese Grenze, die die Theorie im großen und ganzen in Übereinstimmung mit den in den modernen Verfassungen kodifizierten Freiheitsrechten zieht, kann der Staat — so lehrt die Staatslehre — nicht überschreiten, ohne gegen sein eigenes Wesen zu verstoßen. Allein was als Inhalt eines Gesetzes positives Recht ist, wird als theoretische Annahme, die man aus dem Wesen des Staates oder der Rechtspersönlichkeit der Menschen zu folgern vorgibt, zum Naturrecht. Die politischen Tendenzen, die sich hinter solcher Theorie verbergen, treten deutlich hervor, wenn die staatliche Gesetzgebung, und sei es auch unter Beobachtung der Kautelen verfassungändernder Normen, in eine der bisher freigelassenen Gebiete einzudringen droht. Dann zeigt sich, daß dasjenige, was man, wenn auch nicht gerade als „angeborenes Menschenrecht“, so doch als Wesensgehalt staatlicher Ordnung behauptet, nur Gruppen- oder Klasseninteresse ist, das sich hinter solcher Theorie zu verschanzen sucht. So insbesondere die Unverletzlichkeit des Privateigentums.

Sechstes Kapitel.

Die räumliche Gliederung des Staates. (Die Lehre von der Zentralisation und Dezentralisation, sowie von den Staatenverbindungen.)

§ 27. Zentralisation und Dezentralisation.

A. Begriff und Wesen von Zentralisation und Dezentralisation.

Wird der Staat als eine Ordnung menschlichen Verhaltens und sohin als ein System von Normen begriffen, die wie in zeitlicher so in räumlicher Geltung stehen, dann ist das Problem einer territorialen Gliederung des Staates ein Spezialproblem des räumlichen Geltungsbereiches der die Staatsordnung bildenden Normen. Die Normalvorstellung vom Staate geht von der einfachen Voraussetzung aus, daß alle die staatliche Ordnung bildenden Normen in gleicher Weise für das ganze Staatsgebiet gelten oder — sofern man sie auf die Person der normsetzenden Autorität bezieht — von einer einzigen Instanz, einer einzigen ,,Gewalt" ausgehen, daß eine einzige Staatsgewalt von einem Zentrum aus das ganze Staatsgebiet beherrscht. In dieser letzteren Vorstellung — es ist die des sogenannten Einheitsstaates — vermengt sich allerdings mit dem Gedanken des räumlichen Geltungsbereiches der die Staatsordnung bildenden Normen der Gedanke der Einheit und Vielheit der normsetzenden Organe. Beide Gedanken müssen jedoch deutlich getrennt werden. Und sofern im Begriff des ,,Einheits-Staates" der Gegensatz von Zentralisation und Dezentralisation zum Ausdruck kommt, der Einheitsstaat als zentralisierte Rechtsgemeinschaft dem Typus der dezentralisierten Rechtsgemeinschaft entgegengesetzt wird, läßt sich dieser Gegensatz primär ganz allein unter dem Gesichtspunkt des räumlichen Geltungsbereiches der die staatliche Ordnung bildenden Normen — also statisch und ohne Zuhilfenahme des dynamischen Momentes der Einheit oder Vielheit der normerzeugenden Organe — darstellen.

Es ist schon mit Recht darauf hingewiesen worden, daß man speziell von naturrechtlicher Seite den Typus des Einheitsstaates vielfach für den des Staates schlechthin gehalten und darum das Problem der Gliederung des Staates überhaupt übersehen hat. (Jellinek.) Der Vorstellung, daß die staatlichen Normen gleicherweise für das ganze Staatsgebiet gelten, wird durch die Annahme Vorschub geleistet, daß die staatliche Rechtsordnung nur aus generellen Normen bestehe, daß die Staatsordnung mit den in Gesetzesform gesetzten Normen identisch sei. Denn der Fall, daß die Staatsgesetze für das ganze Staatsgebiet gelten, daß es somit keine Staatsgesetze gibt, die nur für ein Teilgebiet des Staates gelten, ist ziemlich häufig. Faßt man — wie dies oft geschieht — als Staats-Gewalt nur die gesetzgebende Gewalt ins Auge, dann gerät die Vorstellung des Staates als einer — seinem Wesen nach — zentralisierten Rechtsgemeinschaft mit der historischen Rechtswirklichkeit, den positiven Rechtsordnungen, nicht allzusehr in Konflikt. Faßt man aber die durch Verwaltungsakt und richterliches Urteil gesetzten, die generellen Gesetzesnormen

konkretisierenden Individualnormen ins Auge, weil diese ebenso wie jene zur staatlichen Ordnung gehören, dann zeigt sich, daß ein positiver Staat kaum jemals der Idee des Einheitsstaates als der Idee der Zentralisation entsprochen hat. Denn selbst wenn die generellen Gesetzesnormen nur mit Geltung für das ganze Staatsgebiet erlassen werden, so vollzieht sich doch in der Regel die Konkretisierung der Gesetze in individuellen Normen, die — in irgendeinem Sinne — nur für Teilgebiete gelten, werden die individuellen Normen von Organen gesetzt, denen für ihre Normsetzung nur eine — auf ein Teilgebiet räumlich begrenzte — Kompetenz eingeräumt ist. Die historischen Staaten, das sind die positiven einzelstaatlichen Rechtsordnungen, sind weder ganz zentralisiert, noch ganz dezentralisiert; sie sind stets nur teilweise zentralisiert und dementsprechend teilweise dezentralisiert; wobei sie sich bald mehr dem einen, bald mehr dem anderen Idealtypus nähern.

Der Idee nach ist eine zentralisierte Rechtsgemeinschaft jene, deren Ordnung nur und ausschließlich aus Rechtsnormen besteht, die für das ganze Rechtsgebiet gelten, während eine dezentralisierte Rechtsgemeinschaft der Idee nach jene ist, deren Ordnung aus Normen besteht, die nur für Teilgebiete gelten. Daß sich eine Rechtsgemeinschaft in Teilgebiete gliedert, bedeutet, daß die Normen oder gewisse Normen dieser Ordnung nur für Teilgebiete gelten; letzterenfalls setzt sich die die Rechtsgemeinschaft konstituierende Rechtsordnung aus Normen mit verschiedenem räumlichen Geltungsbereich zusammen. Bei ganzer und nicht bloß teilweiser Dezentralisation kann es aber neben den nur für Teilgebiete geltenden Normen nicht auch irgendwelche für das Gesamtgebiet geltende Normen geben. Da nun die Einheit des Gebietes sich nach der Einheit der Normgeltung bestimmt, scheint es fraglich, ob im Idealfalle reiner Dezentralisation überhaupt noch von einem Gesamtgebiete und von einer Staatsordnung gesprochen werden kann. Dezentralisation kann aber nur vorliegen, soweit es sich um Gliederung einer und derselben Rechtsgemeinschaft, eines und desselben Gebietes handelt. Würde Dezentralisation so weit gehen, daß mehrere Rechtsgemeinschaften, mehrere Rechtsordnungen mit selbständigen (voneinander getrennten) räumlichen Geltungsgebieten nebeneinander stünden, ohne daß — mangels irgendeiner, wenn auch noch so lockeren Gemeinschaft — diese Gebiete als Teilgebiete eines Gesamtgebietes angesehen werden könnten, dann schiene die äußerste Grenze, bis zu der Dezentralisation noch möglich, überschritten. Allein eine Mehrheit von nebeneinanderstehenden Rechtsgemeinschaften oder Rechtsordnungen ohne eine sie alle umfassende und gegenseitig abgrenzende, eine Gesamtgemeinschaft konstituierende Totalordnung ist — wie bereits in anderem Zusammenhange gezeigt — undenkbar. Und so wie alle Staaten, sofern sie als einander koordinierte Rechtsgemeinschaften angesehen werden, als Glieder einer umfassenden Völkerrechtsgemeinschaft gelten müssen, so müssen auch alle Staatsgebiete als Teilgebiete des räumlichen Geltungsbereiches der universalen Rechtsordnung gelten. Darum wäre es unrichtig, zu meinen, daß Dezentralisation oder Zentralisation nur innerhalb des Einzelstaates möglich sei, und daß man die Grenzen dieses Problems überschritten habe, sobald man in die Sphäre der zwischenstaatlichen Beziehungen, in den Bereich der jenseits der einzelstaatlichen Ordnungen liegenden, durch die Völkerrechtsordnung konstituierten Staatengemeinschaft eingetreten. Auch die Verbindung von Einzelstaaten zur Völkerrechtsgemeinschaft überhaupt, sowie zu einzelnen konkreten Gemeinschaften wie Staatenbund, Union und Bundesstaat lassen sich nur unter dem Gesichtspunkt von Zentralisation und Dezentralisation beurteilen. Ja, die Völkerrechtsgemeinschaft stellt nicht einmal den größtmöglichen Grad von Dezentralisation dar (wie später noch zu zeigen sein wird). Das gewohnheitlich zustandegekommene sogenannte allgemeine Völkerrecht ist ein Stock von gesetzten Normen, die für den gesamten räumlichen Bereich der Völkerrechtsordnung Geltung haben. Ihnen stehen allerdings die Normen des besonderen, vertraglich gesatzten Völkerrechts mit Geltung nur für Teilgebiete (nämlich nur für die Gebiete

der vertragschließenden Staaten) gegenüber. Hier liegt sonach nur teilweise Dezentralisation vor. Wenn ganze Dezentralisation — der Idee nach — nur gegeben ist, sofern es überhaupt keine für das Gesamtgebiet geltenden Normen gibt, so kann dies mit Rücksicht auf die notwendige Einheit der Ordnung nur so verstanden werden, daß es keine gesetzten Normen mit Geltung für das Gesamtgebiet geben darf; daß aber zumindest die vorausgesetzte Grundnorm mit Geltung für das Gesamtgebiet auftritt, das sich gemäß den von der Grundnorm delegierten Teilordnungen in Teilgebiete gliedert. Zumindest in dieser Grundnorm muß die Einheit des Gesamtgebietes zugleich mit der Einheit der alle Rechtsgemeinschaften als Teilordnungen umfassenden Gesamtrechtsordnung konstituiert sein. Der äußerste Grenzfall der Dezentralisation ist somit zugleich der Grenzfall für das Nebeneinander einer Vielheit von Rechtsgemeinschaften. Die Minimalvoraussetzung dafür, daß noch von Dezentralisation gesprochen werden kann, ist zugleich die Mindestbedingung für die Annahme einer Vielheit von Rechtsgemeinschaften. Hält man an dieser Wesenserkenntnis fest, dann kann man auch von Dezentralisation in einem engeren Sinne erst dann sprechen wollen, wenn die Einheit des Gesamtgebietes durch positiv gesetzte Normen und nicht bloß durch die hypothetische Grundnorm konstituiert ist. Doch ist dies schon darum von geringerer Bedeutung, weil die Rechtswirklichkeit auch über diese engere Grenze nicht hinausgeht und der äußerste Fall der positivrechtlich in Betracht kommenden Dezentralisation, die Gliederung der Völkerrechtsgemeinschaft in die Einzelstaaten, auch diesem Begriff der Dezentralisation im engeren Sinne entspricht.

Haben die Normen einer Rechtsordnung verschiedene räumliche Geltungsbereiche, ist die Möglichkeit — wenn auch nicht die Notwendigkeit — gegeben, daß für verschiedene Teilgebiete Normen verschiedenen Inhaltes gelten. Die formale Einheit des Rechtsgebietes muß nicht mit materieller Einheit des Rechtsinhalts verbunden sein. Im theoretischen Grenzfall, wenn die Einheit des Gebietes nur durch die vorausgesetzte Grundnorm konstituiert ist, alle gesetzten Normen Geltung nur für Teilgebiete haben, ist eine einheitliche Rechtsordnung gegeben, ohne daß irgendein positiver Rechtsinhalt für das ganze Gebiet gemeinsam gilt. Aus verschiedenen Gründen kann sich die Erforderlichkeit inhaltlicher Differenzierung der Rechtsordnung in bezug auf verschiedene Teilgebiete ergeben. Geographische, nationale, religiöse Unterschiede innerhalb des rechtlich zu regulierenden Materials heischen Berücksichtigung durch eine territoriale Gliederung der Rechtsgemeinschaft; und das um so mehr, je größeren Umfang das Rechtsgebiet hat und je größere Differenzierungsmöglichkeit innerhalb der zu normierenden Lebensverhältnisse besteht. Diese, dem Wesen der Dezentralisation allein entsprechende, inhaltliche Differenzierung der Rechtsordnung in territorialer Hinsicht muß unterschieden werden von einer inhaltlichen Differenzierung der Rechtsordnung lediglich in personaler Beziehung. Mit Geltung für das ganze Rechtsgebiet können Normen verschiedenen Inhalts für Menschen verschiedener Qualifikation, etwa verschiedener Sprache, Religion, Rasse, Geschlechtes usw., aber auch verschiedenen Berufes gesetzt werden. Soll auch in diesem Falle von einer „Gliederung" des Staates gesprochen werden, ist es eine solche nach dem Personalitätsprinzipe und nicht — wie es die „Gliederung" des Staates im eigentlichen und gewöhnlichen Sinne des Wortes bedeutet — nach dem Territorialitätsprinzip. Man kann auch von einem „Provinzialsystem" sprechen, sofern man das rein territorial abgegrenzte Geltungs-Teilgebiet als Provinz bezeichnet.

B. Ganze und teilweise Dezentralisation (Zentralisation).

Die Dezentralisation oder territoriale Gliederung und sohin die Möglichkeit verschiedenen Rechtsinhaltes für verschiedene Teilgebiete der Rechtsgemeinschaft kann — rein quantitativ — verschiedene Grade haben. In dem Bereich der Rechtswirklichkeit ist die Dezentralisation und dementsprechend die Zentralisation

stets nur eine teilweise, so zwar, daß sich die Gliederung oder Dezentralisation entweder nur auf eine bestimmte Stufe der Rechtsordnung oder — ohne Rücksicht auf die Stufen — nur auf einzelne sachliche Belange, d. h. Normen, die bestimmte Gegenstände regeln, bezieht. Schließlich wäre auch der Fall denkbar, daß Zentralisation und Dezentralisation als verschiedene Organisationsprinzipien nach zeitlicher Folge in ein und derselben Rechtsordnung abwechseln. Selbstverständlich ist auch eine Kombination dieser drei Möglichkeiten nicht ausgeschlossen.

Was den ersten Typus betrifft, so seien als besonders charakteristische Möglichkeiten hervorgehoben: der Fall, daß nur die Verfassung (im positivrechtlichen Sinne) für das ganze Gebiet in Geltung steht, also allen Gliedern gemeinsam ist, die (einfachen) Gesetze aber, sowie die sie konkretisierenden Individualnormen lediglich für Teilgebiete gelten. Es können aber auch alle Gesetze, d. h. alle generellen Normen für das gesamte Rechtsgebiet gelten, und nur die individuellen Normen lediglich lokale Geltung haben. Das ist ja der Zustand des sogenannten Einheitsstaates, sofern man davon absieht, daß hier in der Regel auch die auf Grund der Gesetze als „Verordnungen" zu erlassenden generellen Normen mit Geltung nur für Teilgebiete auftreten können. Während die Geltungsbeschränkung der generellen Norm auf ein Teilgebiet meist bedeutet, daß sowohl der bedingende Tatbestand wie auch die bedingte Folge (der Zwangsakt) dem Inhalt der generellen Norm nach innerhalb des Teilgebietes fallen muß, bedeutet eine nur auf die Stufe individueller Normen beschränkte Territorialgliederung oder Dezentralisation meist bloß soviel, daß sich die durch Verwaltungsakt oder richterliches Urteil zu setzende individuelle Norm lediglich auf bedingende Tatbestände beziehen darf, die innerhalb eines bestimmten Teilgebietes fallen, während hinsichtlich derselben — schon durch die gemeinsame generelle Norm geregelten — Tatbestände, sofern sie innerhalb eines anderen Teilgebietes gesetzt werden, eine andere individuelle Norm zu setzen ist. Sofern diese Norm an den von ihr festgestellten Tatbestand einen Zwangsakt als Folge knüpft, muß dieser Folgetatbestand nicht notwendig innerhalb des Teilgebietes gesetzt werden, für das die individuelle Norm gilt. Die Geltungsbeschränkung bezieht sich dann eben nur auf den bedingenden Tatbestand. Auch in diesem Falle kann die — auf die Stufe der individuellen Norm beschränkte — Dezentralisation den Zweck haben, Besonderheiten des Teilgebietes innerhalb des der individuellen Norm notwendigerweise gelassenen Spielraumes freien Ermessens zu berücksichtigen. Doch wird dieser Zweck — sofern er überhaupt besteht — um so weniger erreichbar sein, je kleiner dieser Spielraum freien Ermessens ist, je geringer daher die inhaltliche Differenzierungsmöglichkeit, d. h. hier die Möglichkeit ist, denselben Tatbestand in verschiedenen Teilgebieten durch die für diese Teilgebiete berufenen individuellen Normen verschieden zu behandeln. Indes ist der Grund für diese Art der Dezentralisation im allgemeinen nicht so sehr die Möglichkeit einer inhaltlichen Differenzierung der individuellen Normen, als vielmehr ein anderer, auf den bei der Darstellung des die Dezentralisation sekundär charakterisierenden Momentes zurückzukommen sein wird. Im übrigen sei noch festgestellt, daß nicht nur der Fall denkbar ist, daß die Stufe der Gesetzgebung zentralisiert, die der Vollziehung aber dezentralisiert ist, sondern auch der umgekehrte Fall, daß bei Dezentralisation der Gesetzgebung die individuelle Normsetzung zentralisiert ist (bei Realunion).

Der zweite Typus teilweiser Dezentralisation oder Zentralisation ist dadurch charakterisiert, daß die die Rechtsordnung bildenden Normen nicht nach den verschiedenen Geltungsstufen, sondern nach den verschiedenen, von der Rechtsordnung zu regelnden Gegenständen in solche zerfallen, die — mit dem gleichen Inhalt — für das ganze Rechtsgebiet gelten, und solche, die — inhaltlich differenziert — nur für Teilgebiete in Geltung stehen. So etwa, wenn die das Zivilrecht betreffenden Normen nur einheitlich für das ganze Gebiet, Strafrechtsnormen aber in Anpassung an lokale Verschiedenheiten mit Geltung nur für Teilgebiete erlassen werden können. Oder

wenn Zivil- und Strafrechtswesen zentralisiert, aber gewisse Verwaltungsrechtsgebiete wie Gewerbewesen, Sanitätswesen, Schulwesen usw. dezentralisiert sind. Geht die Dezentralisation dieser Belange tatsächlich durch alle Geltungsstufen der Rechtsordnung, dann muß auch die Verfassung (im positivrechtlichen Sinne), dann müssen auch die Normen über die Art und Weise der Erzeugung der die dezentralisierten Belange betreffenden Gesetze dezentralisiert sein. Das ist z. B. der Fall beim Bundesstaat, sofern die die Gesetzgebung der Gliedstaaten betreffenden Verfassungsnormen selbst als Gesetze des Gliedstaates — und nicht als Gesetze des Bundes — auftreten. Indes ist auch möglich, daß die Verfassung der Gliedstaaten nur zum Teil in die Kompetenz der Gliedstaaten selbst fällt, daß etwa die Grundzüge der Gliedstaatsverfassung durch Bundesgesetz — also mit Geltung für das ganze Rechtsgebiet und somit einheitlich für dieses — bestimmt sind. Der Fall, daß die Dezentralisation einzelner Rechtsbelange (Materien der Rechtsordnung oder der Rechtsordnung hinsichtlich einzelner Materien) sich nur auf die Geltungsstufe des Gesetzes und die niederen Stufen der Verordnung und individuellen Vollziehung bezieht, ist bei dem Typus des in autonome Provinzen oder Selbstverwaltungskörper gegliederten Staates gegeben. Hier ist im Rahmen einer einheitlich für das ganze Gebiet gemeinsamen, die Gesetzgebung in allen ihren Erscheinungsformen erschöpfend regelnden Verfassung für einen bestimmten Bereich von Angelegenheiten die Möglichkeit von bloß lokal gültigen, als „Gesetze“ bezeichneten generellen Normen und sie vollziehenden individuellen Normen gegeben, ohne daß die „Verfassung“ (im positivrechtlichen und engeren Sinne des Wortes) dieser autonomen Provinzen oder Selbstverwaltungskörper selbst Gegenstand solcher Provinzialgesetze sein kann.

C. Das statische und das dynamische Kriterium.

Wie aus dem bisher Gesagten erhellt, ist das Problem der Zentralisation und Dezentralisation, als das Problem der territorialen Gliederung der Rechtsgemeinschaften, primär ein Problem des räumlichen Geltungsbereiches der die Rechtsordnung bildenden Normen. Allein sekundär tritt zu diesem statischen Momente des räumlichen Geltungsbereiches der Normen noch ein zweites, ein dynamisches Moment hinzu, das — obgleich von dem ersteren durchaus verschieden und unabhängig — dennoch in unklarer Vermengung mit ihm verwendet wird, wenn von Zentralisation und Dezentralisation die Rede ist. Während von dem ersteren Standpunkte aus lediglich auf die in Geltung stehenden Normen mit Rücksicht auf ihren verschiedenen räumlichen Geltungsbereich geblickt wird, richtet sich die Betrachtung von dem letzteren Standpunkte aus auf die Art und Weise der Erzeugung dieser Normen verschiedenen Geltungsbereiches, auf den Akt der Normsetzung und demgemäß auf die die Normen setzenden Organe. Man unterscheidet, ob die Normen, die für das ganze Rechtsgebiet oder nur für Teilgebiete gelten, von einem einzigen Organ oder von einer Vielheit von Organen gesetzt werden. Und obgleich eine zentralisierte wie eine dezentralisierte Rechtsgemeinschaft (im statischen Sinne) sowohl bei Einheit wie bei Vielheit der normsetzenden Organe möglich ist, verbindet man doch mit dem Begriff der Zentralisation vornehmlich die Vorstellung von Normen (mit Geltung für das ganze Rechtsgebiet), die von einem einzigen, gleichsam das Zentrum der Gemeinschaft bildenden, auch räumlich irgendwie im Zentrum sitzenden Organ gesetzt werden, während mit dem Begriffe der Dezentralisation die Vorstellung einer Vielheit nicht im Zentrum postierter, sondern über das ganze Rechtsgebiet zerstreuter Organe verbunden ist, die Normen nur mit Geltung für Teilgebiete zu setzen kompetent sind. Ja, in der die räumliche Gliederung der Rechtsgemeinschaft darstellenden Terminologie der „Dezentralisation“ und „Zentralisation“ tritt das sekundäre dynamische Moment so sehr in den Vordergrund, daß auch die wissenschaftliche Bearbeitung des Problems das eigentlich primäre Moment ganz vernachlässigt hat.

Prüft man die möglichen Verbindungen, in denen beide Momente miteinander auftreten können, so ergibt sich das folgende:

1. **Bei ganzer Zentralisation.** Auch im Idealfalle der Zentralisation, also bei einer Rechtsordnung, deren sämtliche Normen ausnahmslos mit Geltung für das ganze Rechtsgebiet auftreten, keinerlei räumliche Gliederung vorliegt, sind beide Möglichkeiten des dynamischen Momentes gegeben: die Normen dieser Ordnung können durch ein einziges Organ, sie können aber auch durch mehrere Organe gesetzt werden. Im äußersten Falle werden die sämtlichen Normen der Ordnung durch ein einziges und zwar einfaches Organ, das heißt durch einen einzigen Menschen gesetzt. Es ist der Idealtypus der Autokratie, die ihrem Wesen nach zentralistisch ist. Doch kann das einzige Organ, das alle Normen setzt, auch ein zusammengesetztes sein. Insbesondere kommt hier in Betracht, daß das zentrale Organ kollegial ist: die Volksversammlung, ein vom Volk gewählter Rat u. ä. Also auch die Demokratie kann zentralistisch sein. Aber auch eine Vielheit relativ selbständiger Organe ist bei ganzer Zentralisation möglich. So können zur Setzung der Normen der verschiedenen Geltungsstufen verschiedene Organe berufen sein, ohne daß — theoretisch — irgendeine räumliche Gliederung eintreten müßte. Etwa ein — demokratisches — Organ für die Gesetzgebung und ein — autokratisches — Organ für die Vollziehung. Von besonderer Bedeutung ist, daß bei ganzer Zentralisation zur Setzung der Normen verschiedenen Sachgehaltes verschiedene Organe berufen sein können; so je ein Organ für die Normen, die das Zivilrechts-, die das Gewerbe-, die das Sanitäts-, das Schul-, Verkehrswesen usw. regeln. Man spricht hier von einer Organisation nach dem Realsystem; es ist das System, nach dem in den meisten modernen Staaten die Verwaltung — zumindest in der obersten Instanz — eingerichtet ist. Man nennt es auch das Ressortsystem und setzt diesem — fehlerhafterweise nur diesem — das Territorial- oder Provinzialsystem entgegen, das das System der territorialen Gliederung und sohin das der Dezentralisation ist; daher als solches nicht gerade zum Realsystem in Gegensatz steht, da dieses nur ein spezieller Fall der Zentralisation ist, die den Gegensatz zum System der territorialen Gliederung bildet. Kombiniert man das Realsystem mit dem vorerwähnten Stufensystem, indem man jenes entweder nur für die Stufe der Vollziehung oder nur für die höchste Stufe der Vollziehung anwendet, die Gesetzgebung aber bei einem einzigen, von den Vollzugsorganen verschiedenen Organ konzentriert, oder indem man auch mehrere Gesetzgebungsorgane mit sachlich verschiedenen Kompetenzen nebeneinander aufstellt (etwa je ein Parlament für Wirtschaftsangelegenheiten und für politische Angelegenheiten, oder ein Generalparlament und mehrere Spezialparlamente usw.), dann ergibt sich das Bild einer durchaus zentralistischen Rechtsgemeinschaft mit einer Fülle von normsetzenden Organen. Ob diese einen gemeinsamen Standort im Zentrum oder aber ihren Sitz an verschiedenen Stellen des Rechtsgebietes haben, ist mit Rücksicht darauf irrelevant, daß ihre territoriale Kompetenz die gleiche — nämlich das ganze Rechtsgebiet — ist. Der Fall, daß verschiedene Zentralorgane an verschiedenen Orten des Staatsgebietes ihren Sitz haben, ist tatsächlich auch positivrechtlich mitunter gegeben.

2. **Bei ganzer Dezentralisation.** Auch der Fall ganzer Dezentralisation ist sowohl bei Einheit als bei Vielheit der normsetzenden Organe möglich. Allerdings nur unter der Voraussetzung, daß unter „Organ" der sogenannte Organträger, der die Organfunktion setzende Mensch verstanden und die Einheit des Organs in der physisch-psychischen Identität dieses Organträgers erblickt wird. Setzt man ganze Dezentralisation in dem Sinne voraus, daß die Einheit der Rechtsordnung und sohin des Rechtsgebietes nur durch die vorausgesetzte Grundnorm begründet wird, somit überhaupt keine für das ganze Rechtsgebiet, sondern nur für einander ausschließende Teilgebiete geltende positiv-gesetzte Normen gegeben sind, dann kann dieses Resultat sowohl in der Weise erzielt werden, daß — unmittelbar durch die Grundnorm ein-

gesetzt — ein (einfaches oder zusammengesetztes) Organ zur Setzung der für die verschiedenen Geltungsgebiete bestimmten Normen, oder daß eine Mehrheit von (einfachen oder zusammengesetzten) Organen, und zwar je eines für ein Teilgebiet bestimmt ist. Im ersteren Falle kann ein und derselbe Mensch berufen sein, die Normen für je ein Teilgebiet zu setzen. Doch kann er dies nicht wie im Falle der Zentralisation mit einem Normsetzungsakt, sondern es ist eine Vielheit von Normsetzungsakten, nämlich ebenso viele nötig, als voneinander verschiedene Geltungsgebiete bestehen. Und schon darin zeigt sich, daß die psychisch-physische Identität des normsetzenden Menschen nicht eigentlich maßgebend sein kann, daß derselbe Mensch, sofern er die — ihrem räumlichen Geltungsbereich nach — verschiedenen Normen setzt, nicht eigentlich als dasselbe Organ gelten kann, sofern eben überhaupt hinter dem objektiven Tatbestand des Normsetzungsaktes die personifikative Hilfsvorstellung des Organsubjektes gedacht wird. Das Problem ist im übrigen auch positivrechtlich aktuell geworden. Die sogenannte Personal-Union, als eine nur in der Person des Monarchen gelegene Verbindung zweier monarchischer Staaten, stellt — sofern man von der allgemeinen Völkerrechtsgemeinschaft abstrahiert, die ja die beiden monarchischen Staaten auch verbindet — ungefähr den in Rede stehenden Fall von Dezentralisation dar. Daß der jeweilige Träger der Krone als Kaiser von A. und als König von U. zwei ganz verschiedene Organe darstelle, wurde immer wieder behauptet, obgleich es derselbe Mensch war, der Gesetze und Vollzugsakte das eine Mal mit Geltung für das Rechtsgebiet A und das andere Mal mit Geltung für das Rechtsgebiet U zu setzen hatte. Deutlich tritt dies zutage, wenn es sich um konstitutionelle und nicht um absolute Monarchien handelt, das Gesetzgebungs- und oberste Vollzugsorgan nicht der Monarch allein, sondern nur in Verbindung mit Parlament oder verantwortlichen Ministern ist, und deren Funktion für beide Staaten nicht von denselben Menschen zu leisten ist; dann stehen zwei auch aus verschiedenen Menschen zusammengesetzte Organe nebeneinander, die nur einen Menschen — den Monarchen — gemeinsam haben. Ähnlich kann es im Verhältnis der als „Länder" bezeichneten autonomen Provinzen zum Reich sein. Die Gesetzgebungskompetenz ist zwischen den Ländern und dem Reiche geteilt, der Monarch hat ebenso die (vom Zentralparlament beschlossenen) Reichsgesetze wie die (von den Landesparlamenten beschlossenen) Landesgesetze zu sanktionieren. Da aber diese Landesgesetze nur für den Bereich eines Landes Geltung hatten, kann mit Recht behauptet werden, daß der Monarch die Landesgesetze als Landesfürst, nicht aber als Organ des Reiches sanktioniere. (Vgl. S. 190ff.) Die als Union bezeichnete Verbindung kann in einer über die Person des Monarchen hinausgehenden Gemeinsamkeit auch anderer Organe, so insbesondere aller oder doch einzelner Ressortminister, oder auch in der Gemeinsamkeit eines mit Gesetzgebungsfunktionen betrauten Vertretungskörpers bestehen. Für den Grad der Dezentralisation ist dies jedoch belanglos, solange durch diese Organe keine Normen mit räumlicher Geltung für das Gesamtgebiet, sondern nur Normen für die beiden Teilgebiete gesetzt werden können. Ein maßgebender Unterschied ergibt sich erst, wenn eines der „gemeinsamen" Organe zur Setzung von Normen mit Geltung für das ganze, beide umfassende Gebiet kompetent ist. Dann liegt aber nicht mehr ganze, sondern nur teilweise Dezentralisation vor. Dann ist ein einziger Normsetzungsakt hinreichend, um eine für beide Teilgebiete geltende Norm zu erzeugen, dann ist das normsetzende Organ ein beiden Rechtsgemeinschaften gemeinsames Organ in dem Sinne, daß es ein Organ der durch die für das Gesamtgebiet geltenden Normen konstituierten Rechtsgemeinschaft beider Staaten ist; und dann liegt nicht bloß faktische Identität des Organträgers bei Verschiedenheit der Organfunktion und des Organs, sondern es liegt eine beide Staaten umfassende Rechtsgemeinschaft mit eigenen Organen vor. Es liegt sehr nahe, gerade für diesen Unterschied den in der Literatur gebräuchlichen Gegensatz von Personal- und Real-Union zu verwenden. Doch könnte dies nur mit

der Einschränkung geschehen, daß die Fälle eines gemeinsamen Gesetzgebungsorgans und sohin einer Rechtsgemeinschaft, bei der ein Teil der generellen Normen für das ganze Rechtsgebiet in Geltung steht, ausscheiden. Denn diese Fälle werden dem üblichen Sprachgebrauche nach unter die Kategorien des Bundesstaates, Staatenbundes und der Dezentralisation durch Selbstverwaltung subsumiert. Der Fall jedoch, daß nur Vollzugsorgane gemeinsam sind und sohin die Möglichkeit besteht, individuelle Normen (oder auch generelle Normen, aber nicht in Gesetzesform) mit Geltung für das gesamte Rechtsgebiet zu setzen, z. B. Staatsverträge, militärische Befehlsakte, Haushaltpläne usw., während die Stufe der Gesetzgebung völlig dezentralisiert bleibt, ist typisch für dasjenige, was man als Real-Union bezeichnet. (Vgl. S. 205f.)

Der Typus ganzer und nicht bloß teilweiser Dezentralisation drückt sich äußerlich am sinnfälligsten in der Weise aus, daß zur Setzung der — in ihrem räumlichen Geltungsbereich — verschiedenen Normen auch hinsichtlich des Organträgers ganz verschiedene Organe berufen sind; so daß also auch in diesem Sinne kein gemeinsames Organ der durch die — ihrem räumlichen Geltungsbereiche nach — verschiedenen Rechtsnormen konstituierten Rechtsgemeinschaften existiert. Berücksichtigt man beim Problem der Dezentralisation mit dem verschiedenen räumlichen Geltungsbereich der die Gesamtrechtsordnung bildenden Normen auch die Möglichkeit verschiedener Inhaltsgestaltung dieser Normen für die verschiedenen Teilgebiete, dann muß zugegeben werden, daß rein psychologisch bei Verschiedenheit der als normsetzende Organe fungierenden Menschen eine größere Wahrscheinlichkeit für eine inhaltliche Differenzierung der Teilordnungen besteht, als wenn ein und derselbe Mensch als normsetzendes Organ für die verschiedenen Teilgebiete fungiert. Zu einer Personalunion greift man ja gerade dann meist, wenn man trotz grundsätzlicher Aufrechterhaltung territorialer Gliederung und weitestgehender Dezentralisation dennoch Garantien dafür haben will, daß die hinsichtlich ihres territorialen Geltungsbereiches voneinander geschiedenen Rechtsordnungen zu einer gewissen inhaltlichen Übereinstimmung gelangen können. Der Fall ganzer Dezentralisation bei völliger — auch die Organträger betreffender — Verschiedenheit der normsetzenden Organe ist positivrechtlich nicht verwirklicht. Schon darum nicht, weil die universale Gesamtrechtsordnung, in der alle einzelnen Rechtsgemeinschaften stehen, keinen Fall ganzer Dezentralisation darstellt. Darum konnte auch die reine Personalunion, die zwischen Staaten nur innerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft bestehen kann, nur relativ — unter Abstraktion von dem durch die Völkerrechtsgemeinschaft begründeten Grad der Zentralisation — als ein Fall ganzer Dezentralisation bei Gemeinsamkeit des Organträgers beurteilt werden. Die Annahme, daß es historisch Staaten gegeben habe, in denen nur für Teile oberste Behörden bestellt gewesen seien, es daher keinerlei gemeinsames Zentralorgan gegeben habe, Staaten, die gleichsam nur ein Bündel von Provinzen gewesen seien, sofern eben in ihrer Organisation das reine Provinzialsystem Anwendung gefunden habe, beruht auf einem Mißverständnis. Daß es keinerlei für das Gesamtgebiet eines solchen Staates in Geltung stehende Norm und sohin auch keinerlei zur Setzung solcher Norm befugtes Organ gegeben habe, ist schon darum nicht anzunehmen, weil angesichts eines solchen Grades von Dezentralisation, der noch über den des so lockeren Gefüges der Völkerrechtsgemeinschaft hinausgeht, die übliche Terminologie längst nicht mehr von einem „Staat" sprechen würde; da sie es doch mit Entschiedenheit ablehnt, die Völkerrechtsgemeinschaft als Staat, als civitas maxima zu bezeichnen. Offenbar wird stillschweigend vorausgesetzt, daß sich das Provinzialsystem nur auf gewisse Stufen der Rechtsordnung, etwa auf Verwaltung und Rechtsprechung erstreckt, daß aber die Einheit des Gesamtgebietes in der einheitlichen Geltung genereller Normen begründet war. Da der mittelalterliche Staat nicht eigentlich verfassungsmäßig berufene Gesetzgebungsorgane hatte, die generelle Rechtserzeugung

auf gewohnheitlichem Wege vor sich ging — Organe der Normsetzung sind in diesem Falle die die Gewohnheit bildenden Rechtsgenossen selbst oder die die Gewohnheitsrechtsnormen individuell anwendenden Gerichte — ist es begreiflich, daß man diesem Gebilde gegenüber das zentralisierende Moment übersieht; zumal wenn man nur auf die Person des Organs statt auf den Tatbestand der Normerzeugung sieht, der auch bei Gewohnheitsrechtsnormen nicht fehlt, wenn er sich auch nicht personifikativ auf einen bestimmten Menschen projizieren läßt.

3. Bei teilweiser Zentralisation (Dezentralisation); das „eigene“ Organ einer Teilordnung. Von größerer Bedeutung als im Falle der ganzen Zentralisation oder Dezentralisation wird das sekundäre Moment des normsetzenden Organs in den Fällen der teilweisen Zentralisation bzw. Dezentralisation. Hier liegen zwei Schichten von Normen übereinander: Normen mit Geltung für das Gesamtgebiet und Normen mit Geltung nur für Teilgebiete; demgemäß eine — territoriale — Gesamtgemeinschaft, die — territoriale — Teilgemeinschaften umfaßt; und es sind sohin Organe der Gesamtgemeinschaft und Organe der Teilgemeinschaften zu unterscheiden. Gerade diese Unterscheidung spielt in der Theorie jener Typen dezentralisierter Rechtsordnungen, die man als „Staatenverbindungen“ bezeichnet, eine große Rolle. Es ist insbesondere der Begriff des „eigenen“ Organs einer Gemeinschaft, der für die — später noch zu untersuchende — herrschende Lehre von den Staatenverbindungen von Bedeutung wird. Darum sei vor allem festgestellt, in welchem Sinne von einem Organ des Ganzen und einem Organ des Teiles gesprochen werden kann, was es eigentlich bedeutet, daß ein Organ zu einer bestimmten Ordnung, bzw. zu einer durch die Ordnung konstituierten Rechtsgemeinschaft gehört, als das einer bestimmten Ordnung, bzw. als das einer durch diese Ordnung konstituierten, Rechtsgemeinschaft „eigene“ Organ bezeichnet wird.

Gemäß der doppelten Qualifikation des Organs, das sowohl Vollzieher, als auch Erzeuger von Normen ist (vgl. S. 262ff)., kann die Verknüpfung des Organs mit einer Ordnung in einem doppelten Sinne erfolgen. Man ist das Organ jener Ordnung, die durch die Organfunktion erzeugt wird, die man als Organ erzeugt oder setzt. Solange beide Ordnungen — hinsichtlich ihres territorialen Geltungsbereiches — nicht differieren, die Norm, die die Organfunktion bestimmt, das Organ einsetzt, für dasselbe Gebiet gilt wie die Norm, die durch das Organ gesetzt wird, liegt das für die Theorie der Dezentralisation bedeutsame Problem noch nicht vor. Dieses Problem ergibt sich erst, wenn die Ordnung, von der das Organ eingesetzt wird, und die Ordnung, die von dem Organ gesetzt wird, hinsichtlich ihres räumlichen Geltungsbereiches im Verhältnis des Ganzen zum Teile stehen.

Bestimmt sich die Zugehörigkeit des Organs nach jener Ordnung, die das Organ zur Erzeugung von Normen einsetzt, somit also nach dem rechtlichen Existenzgrund des Organs, dann ist es nur unmittelbar Organ jener Rechtsgemeinschaft, die durch die das Organ einsetzende Ordnung konstituiert wird. Mittelbar aber ist es auch Organ jeder weiteren Gemeinschaft, dergegenüber die erstere nur als Teilgemeinschaft, die sie konstituierende Ordnung nur als delegierte Teilordnung in Betracht kommt. Eben weil bei diesem Kriterium der Verknüpfung des Organs mit seiner Ordnung nach einem Geltungsgrunde die Frage ist, kann die Zurechnung der Organfunktion zur Teilordnung — die Qualifizierung eines Aktes als Akt einer Teilgemeinschaft — keine endgültige sein, sondern muß — wenn auch durch verschiedene Zwischenstationen — auf die Einheit der Gesamtordnung zielen. Darum läßt sich von diesem Standpunkte aus keinerlei prinzipieller Unterschied daraus ableiten, daß irgendein Subjekt als das „eigene“ Organ irgendeiner — schließlich ja doch nur als Teilgemeinschaft zu erkennenden — Rechtsgemeinschaft behauptet wird, während in einem anderen Falle ein Subjekt mit der analogen Funktion als „fremdes“ Organ gilt. Der Unterschied zwischen eigenem und fremdem Organ kann nur ein Grad-, kein Qualitätsunterschied sein. Bestimmt sich die Zugehörig-

keit des Organs aber nach jener Ordnung, die es — in Vollziehung der das Organ einsetzenden Ordnung — erzeugt, dann ist es nicht nur — unmittelbar — Organ dieser von ihm erzeugten — oder miterzeugten — Ordnung, sondern — mittelbar — auch Organ aller jener Ordnungen, die auf Grund der von ihm gesetzten Normen — von anderen Organen — erzeugt wurden.

Faßt man die Möglichkeit ins Auge, daß die beiden Ordnungen, nach denen sich die Zugehörigkeit des Organs bestimmen kann, hinsichtlich ihres räumlichen Geltungsbereiches in der Weise differieren, daß die eine zur anderen im Verhältnis des Ganzen zum Teile steht, so ergibt sich das folgende: Es ist ohne weiteres möglich, daß ein Organ von der für das Gesamtgebiet geltenden Ordnung zur Setzung von Normen mit Geltung bloß für ein Teilgebiet bestellt wird. Das Organ kann dann ebenso wie als Organ des Ganzen, so auch als Organ des Teiles angesehen werden, je nachdem, welches der beiden soeben entwickelten Kriterien man akzeptiert. Beispiel: In der Bundesverfassung werden die Gesetzgebungsorgane der sogenannten Gliedstaaten bestimmt. Man kann dann die — gemäß der Bundesverfassung gebildeten — Gliedstaats- bzw. Landesparlamente als Bundesorgane gelten lassen, weil sie von der Bundesverfassung bestellt sind; als Gliedstaats- bzw. Landesorgane, weil sie Rechtsnormen mit Geltungsbereich nur für den Gliedstaat, die Teilrechtsordnung des Gliedstaates setzen. Ganz ebenso steht es mit dem Gesetzgebungsorgan einer autonomen Provinz, das man mit Rücksicht auf seine Einsetzung durch die Staatsverfassung als Staatsorgan, mit Rücksicht auf seine Funktion als Provinzialorgan als Organ der Provinz bezeichnet.

Allein ist es auch möglich, daß die nur für ein Teilgebiet geltende Ordnung, bzw. die durch sie konstituierte Teilgemeinschaft ein Organ einsetzt zur Setzung von Normen, die für ein Gesamtgebiet gelten, demgegenüber das ersterwähnte Geltungsgebiet der das Organ einsetzenden Ordnung nur Teilgebiet ist, so daß die Gesamtgemeinschaft durch Organe konstituiert wird, die in irgendeinem Sinne unmittelbar nur Organe der Teilgemeinschaft, bzw. der Teilgemeinschaften sind? Das ist unmöglich, weil eine petitio principii. Die Teilordnung, die zur Setzung von Normen ermächtigt, die für einen über das Geltungsgebiet der delegierenden Ordnung hinausreichenden, dies letztere Gebiet als Teilgebiet umfassenden Bereich gelten sollen, wird dadurch selbst zur Gesamtordnung, dehnt ihren Geltungsbereich über das Geltungsgebiet aus, sofern die delegierende Norm selbst mit Geltungsanspruch für das Gesamtgebiet auftritt. Sofern das Organ als zu jener Ordnung gehörig angesehen wird, die das Organ einsetzt, kann das Ganze nicht durch Organe des Teils, sondern nur umgekehrt, der Teil durch Organe des Ganzen konstituiert werden.

Diese Erkenntnis wird in der unter die Theorie der Dezentralisation fallenden Lehre von den Staatenverbindungen meistens ignoriert. Man glaubt hier gewisse, aus Einzelstaaten gebildete Verbände dadurch wesentlich charakterisieren zu können, daß die zur Setzung von Normen für das Gesamtgebiet des Verbandes kompetenten Organe nicht „eigene" Organe des Verbandes, sondern nur „eigene" Organe der Glieder seien, während andere aus Staaten gebildete Verbände „eigene", von den Organen der Glieder verschiedene Organe zur Setzung von Normen für das Verbandsgebiet haben sollen. Es ist dies eines jener Momente, die man zur prinzipiellen Unterscheidung des sogenannten Staatenbundes vom sogenannten Bundesstaat heranzieht. Der Staatenbund hat, üblicher Anschauung nach, keine „eigenen" Organe wie der Bundesstaat, sowie er ja auch keine von der Staatsgewalt der Glieder verschiedene Staatsgewalt, keine von der juristischen Persönlichkeit der Glieder verschiedene juristische Persönlichkeit, kein „eigenes" Bundesgebiet und kein „eigenes" Bundesvolk hat, während man all dies dem Bundesstaat zuspricht. Die Organe des Staatenbundes sind Organe der Gliedstaaten, den Gliedstaaten gemeinsame Organe, sowie ja auch die Gewalt des Staatenbundes nur die vereinigte Gewalt der Gliedstaaten ist. Sieht man jedoch näher zu, ist diese Anschauung unhaltbar. Gesetzt den

Fall, der zum Zweck gemeinsamer Außenpolitik und Kriegführung geschlossene Bund mehrerer Staaten hätte — kraft der durch völkerrechtlichen Vertrag gesetzten Bundesverfassung — ein zur Versorgung der Bundeszwecke bestimmtes Organ, das sich aus den Staatshäuptern oder Außenministern der Gliedstaaten zusammensetzt und etwa als Bundesrat bezeichnet wird. Das Organ des Bundes wird also gebildet aus Organen der Glieder; und nimmt man noch an, daß die Beschlüsse dieses Kollegiums nur mit Stimmeneinhelligkeit gefaßt werden können, dann scheint tatsächlich der Fall gegeben zu sein, daß der Bund, ohne eigene Organe zu haben, durch Organe der Teile konstituiert wird. Dem ist jedoch nicht so. Der so gebildete Bundesrat ist ein ausschließlich und allein in der Bundesverfassung, die den Inhalt eines völkerrechtlichen Vertrages bildet, eingesetztes Organ. Diese Bundesverfassung tritt, eben als völkerrechtlicher Vertrag, von vornherein mit Geltung für alle Gebiete der Einzelstaaten, alle diese Gebiete zu einer Einheit zusammenschließend auf, so also, wie kein einzelstaatliches Gesetz auftreten könnte. Diese Bundesverfassung ist es, die den Bund als eine die Einzelstaaten umfassende Rechtsgemeinschaft konstituiert. Als deren Organ ist der Bundesrat anzusehen, sofern für die Zugehörigkeit des Organs die organeinsetzende Ordnung maßgebend ist. Die Tatsache, daß zu Mitgliedern dieses Bundesorgans jene Menschen berufen sind, die nach den Verfassungen der Einzelstaaten auch Staatsoberhäupter oder Außenminister dieser Staaten sind, kann an der Zugehörigkeit des in keiner Einzelstaatsverfassung begründeten Bundesrates zum Bunde, an der Eigenschaft dieses Bundesrates als „eigenes" Organ dieses Bundes nichts ändern. Diese Tatsache begründet nur eine Personal-Union zwischen dem Ganzen und den Teilen, dem Bund und den Gliedstaaten. Nichts anderes liegt vor als Identität des physisch-psychischen Organträgers, nicht aber Identität des Organs. Denn als Mitglieder des durch die Bundesverfassung berufenen Bundesrates sind die dieses Kollegium bildenden Menschen andere Organe, als sie als Staatsoberhäupter oder Außenminister auf Grund der Verfassungen der Einzelstaaten sind. Und auch in dem Falle, daß kraft Bundesverfassung ein bestimmtes einfaches Organ eines einzigen Gliedstaates für die Versorgung der Bundeszwecke berufen ist — etwa wenn das Staatsoberhaupt eines der verbundenen Staaten als Feldherr der Bundesarmee fungiert — ist dieser Funktionär ein „eigenes" Organ des Bundes, ist er als Bundesfeldherr in keiner Weise Organ des Gliedes. Nur in dem Organträger vollzieht sich die Personalunion beider Funktionen. Würde man auf die rechtlich allein entscheidende Funktion und nicht auf die Person des Organes sehen, wäre der Irrtum leichter zu vermeiden. Sofern man die Vereinigung zweier verschiedener, weil durch verschiedene Ordnungen oder Normen bestimmter Funktionen in demselben Menschen als Personalunion bezeichnet, und man bei Personalunion von „gemeinsamen" Organen (im Sinne der Identität des Organträgers) spricht, kann bei teilweiser Dezentralisation der Fall eintreten, daß zwischen den Organen der Teile und denen des Ganzen, den dezentralen und zentralen Organen, Personalunion besteht, das Ganze und je ein Teil „gemeinsame" Organe haben. Niemals aber können die Organe des Ganzen lediglich als Organe der Teile angesehen werden. Die Organe des Bundes sind solche nicht nur, weil sie von der den Bund konstituierenden, für das Gesamtgebiet in Geltung stehenden Verfassung eingesetzt sind, sondern auch in dem Sinne, daß sie zur Setzung von Normen mit Geltung für das Gesamtgebiet des Bundes berufen sind. Das ist auch dann der Fall, wenn die Beschlüsse des Bundesrates unmittelbar nur die verbündeten Staaten verpflichten und, um die Untertanen der einzelnen Staaten zu verpflichten, noch der durchführenden Gesetze dieser Staaten bedürfen. Für die Frage des räumlichen Geltungsbereiches der von den Bundesorganen zu setzenden Normen ist die Tatsache gleichgültig, daß der Weg ihrer Konkretisierung über eine oder mehrere Zwischenstufen gehen muß. Die Lage ist keine wesentlich andere, wie wenn ein für das ganze Staatsgebiet geltendes Rahmengesetz noch der Durchführung durch lokale Provinzial-

gesetze bedarf, um sich in konkreten Rechten und Pflichten der Untertanen auszuwirken. (Vgl. S. 207 ff.)

Für die Frage, ob der Bundesrat — um bei dem Beispiel des Staatenbundes zu bleiben — „eigenes“ Organ des Bundes oder nur Organ aller Glieder ist (diese Frage ist ja mit jener ident, ob der Staatenbund eine eigene Gewalt habe, ja sie wird sogar mit der Frage konfundiert, ob er eine eigene juristische Persönlichkeit habe) ist es irrelevant, ob dieses Kollegium seine Beschlüsse mit Stimmeneinhelligkeit oder nach dem Mehrheitsprinzip zu fassen hat. In letzterem Falle wird die Verschiedenheit der Funktion dieses Organs von der Funktion jener Organe, die mit dem ersteren in Personalunion stehen, nur besonders deutlich. Es fällt schwer, einen Akt als von jenem Staate gewollt anzusehen, dessen Organ den entgegengesetzten Willen geäußert hat. Denn dem Gliedstaat gegenüber käme ja nur sein Staatsoberhaupt oder Außenminister als Organ in Betracht, während dem Bund gegenüber nur das ganze Kollegium als solches Organ ist. Aber auch wenn Stimmeneinhelligkeit zur Funktion des Verbandsorgans nötig ist, liegt ein von den Organen der Glieder verschiedenes, zusammengesetztes Organ vor, das mit Organen der Glieder nur in Personalunion steht. Diesem Typus der Dezentralisation entspricht nicht nur der Staatenbund, sondern jede völkerrechtliche Vertragsgemeinschaft, ja die Völkerrechtsgemeinschaft überhaupt.

D. Der Dezentralisationsgrad der Völkerrechtsgemeinschaft.

Jeder völkerrechtliche Vertrag, den zwei Staaten miteinander eingehen, erfolgt auf Grund des Rechtssatzes des — allgemeinen — Völkerrechts, kraft dessen die geäußerte Willensübereinstimmung der von den Verfassungen der Einzelstaaten hiezu bevollmächtigten Menschen hinsichtlich des gegenseitigen Verhaltens der gleichfalls durch die einzelstaatlichen Ordnungen bestimmten Menschen als Bedingung für spezifische Rechtsfolgen gesetzt ist. Dieser Vertrag ist gegenüber der Völkerrechtsordnung bedingender Tatbestand, gegenüber den verpflichteten Menschen Norm, Ordnung, Teilordnung. Das Organ, das diese Norm, diese Vertragsordnung setzt, ist ein zusammengesetztes. Die Organfunktion wird gesetzt durch die übereinstimmenden Willensäußerungen zweier oder mehrerer Menschen, zu deren individueller Bestimmung die Völkerrechtsordnung die einzelstaatlichen Verfassungen delegiert. Es ist ein einheitliches, wenn auch nicht einfaches Organ (vgl. S. 280 f.), das die für zwei Staaten verbindende Vertragsnorm oder Vertragsordnung setzt, und es sind nicht — wie dies nach der üblichen Darstellung scheint — zwei Organe; und es ist ein Organ der Völkerrechtsordnung, der Völkerrechtsgemeinschaft und nicht je ein Organ der vertragschließenden Einzelstaaten, wie man sich gewöhnlich auszudrücken pflegt. Denn zur Setzung der für das Gesamtgebiet der im Vertrag verbundenen Staaten geltenden Vertragsordnung kann keine der nur für ein Teilgebiet in Geltung stehenden einzelstaatlichen Ordnungen ihr „eigenes“ Organ ermächtigen. So paradox es klingen mag, so ist es dennoch nur die korrekte Darstellung des vorliegenden Tatbestandes, wenn behauptet wird, daß die Einzelstaaten nicht als solche, d. h. nicht als isoliert gedachte, in keiner Gemeinschaft stehende, gegenseitig abgeschlossene Wesen, sondern nur als Organe der Völkerrechtsgemeinschaft miteinander Verträge schließen können. Sollen im Vertrag zwei einander koordinierte Gemeinschaften gegenüberstehen, muß eine sie koordinierende, also über ihnen stehende, sie umfassende und delegierende Völkerrechtsordnung vorausgesetzt werden, muß vom Primat der Völkerrechtsordnung ausgegangen werden. Von diesem Standpunkte aber muß der Vertragsabschluß als ein Normsetzungsakt angesehen werden, der durch ein von der Völkerrechtsordnung eingesetztes Organ der Völkerrechtsgemeinschaft vollzogen wird. Die Völkerrechtsordnung — als Inbegriff der Normen des allgemeinen Völkerrechts — ist

eine für den räumlichen Bereich aller Einzelstaaten geltende Ordnung. Sie sieht — im Vertragsrechtssatze — die Möglichkeit der Erzeugung von Normen für den Bereich zweier oder mehrerer und demnach eventuell auch aller Staaten (durch einen von allen Staaten abgeschlossenen Vertrag) vor. Der Vertragsrechtssatz ist die Verfassung des Völkerrechts. Die Verfassung der Einzelstaaten schafft nur die Möglichkeit von Rechtsnormen mit dem Geltungsbereich für einen Einzelstaat. Und was schon zum Beispiel des Staatenbundes gesagt wurde — der ja nur ein spezieller Völkerrechtsvertrag ist — das kann nun ganz allgemein von der völkerrechtlichen Vertragsgemeinschaft überhaupt gesagt werden: Sie wird durch ein Organ der Völkerrechtsordnung und nicht durch „eigene" Organe der im Vertrag verbundenen Staaten konstituiert; denn das die einzelstaatlichen Verfassungen delegierende Völkerrecht ist der Existenzgrund für das die Vertragsnormen setzende, aus den von den Einzelstaatsverfassungen bestimmten Menschen zusammengesetzte Organ; das Völkerrecht ist es, das die Organfunktion, den Akt der die Staaten verpflichtenden Normen bestimmt, und nicht die einzelstaatlichen Rechtsordnungen, von denen keine kompetent ist, Organe zur Setzung von Normen zu ermächtigen, die über den Geltungsbereich der einzelstaatlichen Ordnungen hinaus für den räumlichen Bereich mehrerer Staaten Geltung haben. Wenn die Bestimmung des die Vertragsordnung setzenden Organs in der Weise erfolgt, daß die Völkerrechtsordnung die einzelstaatlichen Verfassungen zur Berufung der Menschen delegiert, deren Funktion den Vertragstatbestand setzt, so ist jeder einzelne dieser — nur Teilakte setzenden — Menschen vom Standpunkt der ihn berufenden Einzelstaatsverfassungen zwar Organ dieses Staates, aber das — den Gesamttatbestand, die Vertragsnorm setzende — Gesamtorgan kann nur in der Völkerrechtsordnung begründet sein. Die es zusammensetzenden, als Teilorgane fungierenden Menschen sind auch Organe der Einzelstaaten, in ihnen, als Organträgern, vollzieht sich eine Personalunion zweier verschiedener Funktionen, sofern sie neben der Teilnahme am völkerrechtlichen Vertragsschluß noch andere, innerstaatliche Funktionen haben. Sieht man aber auch in ihrer Teilnahme am Vertragsschluß, in diesem Teilakt, den sie — durch die einzelstaatliche Verfassung berufen — setzen, eine Funktion des Einzelstaates, dann hat dieser Teilakt eine doppelte Qualifikation, einerseits als Einzelstaatsakt, andererseits als Akt der durch die Völkerrechtsordnung konstituierten Völkerrechtsgemeinschaft. Der für die Setzung der Vertragsnorm allein maßgebende Gesamtakt als solcher aber hat nur diese letztere Qualifikation.

Die allgemeine Völkerrechtsgemeinschaft stellt somit den Typus einer teilweise dezentralisierten Rechtsordnung dar, bei der die Normen des allgemeinen Völkerrechts für den räumlichen Bereich der gesamten Rechtsgemeinschaft, die einzelstaatlichen Rechtsordnungen grundsätzlich nur für Teilbereiche gelten; durch den zu den Normen des allgemeinen Völkerrechts gehörigen Vertragsrechtssatz aber ist die Möglichkeit von (zusammengesetzen) Organen zur Setzung von Normen des besonderen Völkerrechts, d. h. von Normen für den Geltungsbereich mehrerer, eventuell auch aller Einzelstaaten geschaffen, so zwar, daß diese Organe der Völkerrechtsordnung aus Teilorganen zusammengesetzt sind, die hinsichtlich ihrer Organträger in Personalunion mit Organen der Einzelstaaten stehen. Daß die zwischen den Einzelstaaten abgeschlossenen Verträge — wie man sich ausdrückt — nur die Staaten, nicht aber unmittelbar deren Untertanen verpflichten, ist für die Frage des räumlichen Geltungsbereiches — wie bereits anläßlich des gleichen Problems beim Staatenbund festgestellt wurde — ohne Belang.

E. Verhältnis von Zentral- und Lokal-(Dezentral-)Organen.

Sind bei teilweiser Dezentralisation Zentralorgane — Organe der Gesamtordnung als der für das Gesamtgebiet geltenden Ordnung — neben Lokalorganen

oder Dezentralorganen — Organen der Teilordnungen als der nur für Teilgebiete geltenden Ordnungen — zu unterscheiden, dann können die Zentralorgane aus Lokalorganen gebildet werden. In welchem Sinne, geht aus der soeben durchgeführten Analyse der allgemeinen Völkerrechtsgemeinschaft sowie der besonderen völkerrechtlichen Vertragsgemeinschaft und speziell des Staatenbundes hervor: in dem bloßen Sinne einer Personalunion (hinsichtlich der Organträger) zwischen Zentralorgan und Lokalorganen. In eben diesem Sinne kann das Zentralorgan auch nur teilweise aus Lokalorganen zusammengesetzt sein. Ein Beispiel hierfür bietet die Organisation des Bundesstaates, dessen zentrales Gesetzgebungsorgan typischerweise gebildet wird durch eine zur Gänze von der Bundesverfassung und durch Bundesgesetze bestimmten Volksvertretung und einer zweiten Kammer, die aus Vertretern der Gliedstaaten zusammengesetzt wird; entweder in der Weise, daß gewisse Organe der Gliedstaaten, — z. B. ihre Ministerpräsidenten — von der Bundesverfassung in das sog. Staatenhaus berufen werden, oder so, daß die Bundesverfassung ein Organ der Gliedstaaten — z. B. deren Parlament oder deren Regierung — ermächtigt, die Mitglieder des Staatenhauses zu wählen bzw. zu ernennen. In dem letzteren Falle wird das Zentralorgan — es kann dies z. B. beim Staatenbunde nicht nur teilweise, sondern auch ganz geschehen — von Lokalorganen nicht unmittelbar zusammengesetzt, sondern kreiert. Die Zentralverfassung bestimmt zu Zentralorganen nicht Menschen, die schon nach den Lokalverfassungen Lokalorgane sind, sondern sie läßt nur für Zentralfunktionen bestimmte Menschen durch — in den Lokalverfassungen bestimmte — Organe berufen. Die Deutung solcher Tatbestände versteht sich nach dem bisher Gesagten von selbst. Besonderer Hervorhebung bedarf vielleicht nur, daß auch die von der Zentralverfassung berufenen Lokalorgane bei Setzung des von der Zentralverfassung normierten Kreationsaktes Zentralorgane sind. So ist nicht nur das Staatenhaus, sondern sind auch die das Staatenhaus durch Wahl seiner Mitglieder erzeugenden Gliedstaatsparlamente, sofern sie den Wahlakt vornehmen, Bundesorgane. Ganz das gleiche gilt von dem Staatenbund, wenn sein Organ durch Wahl von Vertretern seitens der Parlamente der Einzelstaaten oder Ernennung seitens der Regierungen gebildet wird. So daß es — streng genommen — ungenau ist, zu sagen, das Zentralorgan werde von Lokalorganen kreiert. Zentralorgane können nur durch Zentralorgane kreiert werden. Nur kann eben zwischen dem kreierenden Zentralorgan und den Lokalorganen hinsichtlich des Organträgers Personalunion bestehen.

Umgekehrt freilich können Lokalorgane insofern durch die Zentralverfassung bestimmt, bzw. durch Zentralorgane kreiert werden, als unter Lokalorganen, als Organen der Teilgemeinschaft, solche verstanden werden, die Normen mit Geltung nur für das Teilgebiet, die also die Teilordnung zu setzen haben, sofern die Zugehörigkeit des Organs nach der Ordnung bestimmt wird, die das Organ setzt, und nicht nach der, von der es eingesetzt wird. Stellt man auf das Kriterium der vom Organ zu erzeugenden Normen ab, faßt man also unter Zentralorgan ein solches, das Normen für den Gesamtbereich, unter Lokalorgan ein solches, das nur Normen für einen Teilbereich zu setzen hat, dann bedeutet, daß ein Zentralorgan ein Lokalorgan zu berufen hat, daß ein sonst zur Setzung von Normen für das Gesamtgebiet kompetentes Organ zur Kreierung eines Organs berufen ist, das Normen nur für ein Teilgebiet zu setzen hat. Beispiel: Der Monarch, der den Provinzialstatthalter ernennt; oder wenn ein Zentralparlament Kollegien zu wählen hat, die für die verschiedenen Teilgebiete des Staates innerhalb bestimmter sachlicher Kompetenz generelle Normen setzen sollen. Bestimmt man die Zugehörigkeit des Organs nach der von ihm zu setzenden Ordnung, dann kann man mittelbar auch das ein Lokalorgan kreierende Organ als Lokalorgan bezeichnen. In dem Kreationsakt ist es — von diesem Standpunkte aus — Lokalorgan, wenn es auch hinsichtlich anderer Funktionen als Zentralorgan zu gelten hat. Doch müßte man auch hier — bei

deutlicher Scheidung der Organfunktionen — bloße Identität des Organträgers, also Personalunion zwischen einem Zentral- und einem Lokalorgan annehmen.

Wenn auch der Quantitätsgrad der teilweisen Dezentralisation durch die verschiedenen Variationen nicht berührt wird, die sich aus der Möglichkeit einer Personalunion zwischen Zentral- und Lokal-(Dezentral-)Organen ergeben — (so wie ja auch der Idealtypus der ganzen Zentralisation und Dezentralisation von der Tatsache unberührt bleibt, ob ein Organ oder ob mehrere Organe die zentralen, oder ob ein Organträger in Personalunion mit anderen, oder ob mehrere Organe die dezentralen Normen setzen) — so ist es doch im Hinblick auf die Differenzierung in der inhaltlichen Gestaltung der zentralen Gesamtordnung einerseits und der lokalen Ordnungen andererseits von gewisser Bedeutung (so wie ja auch die inhaltliche Differenzierung sowohl der verschiedenen Stufen einer zentralen, wie der verschiedenen dezentralen Ordnungen durch die Verschiedenheit der normsetzenden Organe bzw. Organträger beeinflußt wird). Steht — im Falle der teilweisen Dezentralisation — eine zentrale Gesamtordnung über mehreren lokalen Teilordnungen, dann handelt es sich bei der Personalunion zwischen Zentral- und Lokalorganen nicht — wie im Falle ganzer Dezentralisation, wo nur mehrere lokale Teilordnungen, ohne eine gemeinsame positive Gesamtordnung über sich zu haben, nebeneinander stehen — um möglichste inhaltliche Übereinstimmung der durch dieselben Menschen (wenn auch in verschiedener Organqualität) gesetzten Normen. Wenn angestrebt wird, daß derselbe Mensch, der die Normen einer Teilordnung setzt, auch dieNormen der Gesamtordnung erzeugt, so geschieht dies darum, damit die Normen der Gesamtordnung zu den Interessen jener Menschen, für die die Teilordnung gilt, die durch die Teilordnung zu einer besonderen Rechtsgemeinschaft konstituiert sind, oder doch zumindest jener Menschen, die auf die Gestaltung der Teilordnung entscheidenden Einfluß haben, jener Gruppe, deren überwiegender Vorteil durch die Normen der Teilordnung garantiert wird, nicht in Gegensatz geraten. In der Tatsache allein, daß ein und derselbe Mensch sowohl die Normen der Gesamtordnung als auch jene der Teilordnung setzt, liegt an und für sich noch keine Gewähr dafür, daß die ersteren im Interesse oder gegen das Interesse der Teilgemeinschaft ergehen. Doch sind mit der Stellung als Organ der Teilgemeinschaft meist andere Momente verbunden, die die erforderlichen Garantien bieten. Z. B. Verbindung national oder religiös verschiedener Teilgemeinschaften zu einer Gesamtgemeinschaft: Das Organ der Teilgemeinschaft gehört der Nationalität bzw. Religion der Mehrheit dieser Teilgemeinschaft an, und hat schon darum allein aller Wahrscheinlichkeit nach die Tendenz, die von ihm oder unter seiner Mitwirkung zu setzenden Normen der Gesamtgemeinschaft nicht in einen Gegensatz zu den nationalen und religiösen Interessen seiner Teilgemeinschaft gestalten zu lassen. Oder: Der zugleich als Lokal- und Zentralorgan fungierende Mensch ist aus materiellen oder sozialethischen Motiven in höherem Maße an seiner Funktion als Lokalorgan als an seiner Stellung als Zentralorgan interessiert; oder seine Stellung als Zentralorgan hängt von ausschließlich lokal interessierten Menschen ab, weil diese ihn zu wählen, zu ernennen haben, weil von ihnen seine Wiederwahl, Wiederernennung abhängt, weil er von ihnen abberufen werden kann u. a. m. Sofern die Lokalinteressen der einzelnen Teilgemeinschaften untereinander in Widerspruch stehen, alle Teilgemeinschaften in gleichem Maße an der Bildung des Gesamtwillens beteiligt sind — im Sinne einer Personalunion von Lokal- und Zentralorganen — muß dessen Zustandekommen erschwert sein. In demselben Maße freilich erscheinen die Sonderinteressen der Teilgemeinschaften gegen die Gesamtordnung geschützt. Auch dieses Moment ist meist bei der Beurteilung des Maßes der Dezentralisation bestimmend.

F. Vollkommene und unvollkommene Dezentralisation.

Neben der im wesentlichen quantitativen Unterscheidung der ganzen von einer nur teilweisen Dezentralisation ist — nach einem anderen Gesichtspunkte — auch

eine qualitative Differenzierung der vollkommenen von der unvollkommenen Dezentralisation notwendig. Damit die Dezentralisation eine vollkommene sei, muß die Setzung der nur für ein Teilgebiet geltenden Norm endgültig und unabhängig erfolgen. Endgültig: das heißt, es darf nicht die Möglichkeit bestehen, daß die lokale Norm durch eine zentrale aufgehoben und eventuell ersetzt werden kann; unabhängig, das heißt: daß die lokale Norm in ihrem Inhalt nicht bestimmbar sein darf durch eine zentrale Norm. Dabei wird hier — der Einfachheit der Formulierung wegen — unter zentraler Norm sowohl eine solche verstanden, die für das Gesamtgebiet gilt, als auch eine solche, die von einem Zentralorgan — d. h. einem sonst zur Setzung von für das Gesamtgebiet geltenden Normen befugten Organ — ausgeht. Unter Lokalnorm wird eine solche verstanden, die nur für ein Teilgebiet gilt und auch von einem Lokalorgan — d. h. von einem nur zur Setzung solcher Normen befugten Organ — gesetzt wird.

1. Auf dem Gebiete der Gesetzgebung. Der Gegensatz von vollkommener und unvollkommener Dezentralisation kann sich sowohl auf der Stufe der generellen wie der individuellen Normen, der Gesetzgebung wie der Vollziehung ergeben. Die Dezentralisation auf dem Gebiete der Gesetzgebung ist — mangels des Momentes der Endgültigkeit — dann unvollkommen, wenn z. B. die Gesetzgebung hinsichtlich gewisser Materien zwischen einem zentralen und mehreren lokalen Gesetzgebungsorganen (wie im Bundesstaat) aufgeteilt ist, aber hinsichtlich einzelner oder auch aller der Lokalgesetzgebung überlassenen Materien unter gewissen Bedingungen oder nach dem allgemeinen Grundsatz „Reichsrecht bricht Landrecht" das zentrale Gesetzgebungsorgan die Kompetenz an sich ziehen, d. h. wenn unter speziellen Bedingungen oder unter allen Umständen durch ein Zentralgesetz das dawiderstehende Lokalgesetz aufgehoben und ersetzt werden kann. Es ist aber auch der Fall möglich, daß lediglich die Aufhebung eines Lokalgesetzes durch die Norm eines Zentralorganes erfolgen kann; so wenn z. B. die Lokalgesetze — wegen Verfassungswidrigkeit — von einem zentralen Gerichtshof kassiert werden, aber wieder nur durch ein Lokalgesetz ersetzt werden können. Die Dezentralisation ist aber auch dann eine unvollkommene, wenn die Gesetzgebungskompetenz zwischen einem zentralen und einem lokalen Organ nach Materien aufgeteilt ist, hinsichtlich gewisser, in die Kompetenz des Lokalorgans fallender Materien aber die Lokalgesetze ihrem Inhalte nach durch Zentralgesetze bestimmt sind; sei es in der Weise, daß die Zentralnorm, um für die Untertanen unmittelbar verbindlich zu werden, noch der verschiedenen Lokalgesetze bedarf — so z. B. wenn das vom Bundesrat des Staatenbundes beschlossene Handelsgesetzbuch für die einzelnen Gliedstaaten durch lokale, inhaltlich vollkommen durch die zentrale Norm bestimmte Gesetze durchgeführt wird; oder wenn die Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich einer bestimmten Materie zwischen dem Zentral- und dem Lokalorgan in der Weise geteilt ist, daß das Zentralgesetz die Grundzüge, die Lokalgesetze aber nur die nähere Durchführung zu normieren haben. Das Lokalgesetz ist hier seinem Inhalte nach teilweise durch das als Rahmen- oder Grundsatzgesetz auftretende Zentralgesetz bestimmt. Und dieser Fall verdient deutliche Scheidung von jenem, wo eine Materie zur Gänze in die Kompetenz der lokalen Gesetzgebung fällt, das lokale Gesetzgebungsorgan hinsichtlich der in seine Kompetenz fallenden Materie auf keine materiellen Schranken stößt. An dieser Stelle berührt sich die unvollkommene mit der teilweisen — nämlich auf die niedere Stufe beschränkten — Dezentralisation. Deutlich heben sich beide nur ab, wenn das Verhältnis von Verfassung und Gesetz in Frage ist. Denn durch die Verfassung (im materiellen Sinne) — als höhere Stufe — wird das Gesetz nicht inhaltlich, sondern nur formell, d. h. hinsichtlich seines Zustandekommens, nicht hinsichtlich seines Inhaltes bestimmt.

2. Auf dem Gebiete der Vollziehung. Eine besondere Bedeutung hat die Unterscheidung von vollkommener und unvollkommener Dezentralisation auf dem Ge-

biete der Vollziehung. Dasjenige, was man üblicherweise „administrative Dezentralisation“ nennt und in einen Gegensatz zu der sog. „Dezentralisation durch Selbstverwaltung“ stellt, ist im wesentlichen eine unvollkommene Dezentralisation der Vollziehung — der Verwaltung sowohl wie der Gerichtsbarkeit — als der Formen individueller Normsetzung. Wenn man das Staatsgebiet für die Zwecke der Vollziehung — wie üblich — mehrfach in Teilgebiete gliedert, den Staat in Provinzen, die Provinzen in Kreise, die Kreise in Bezirke und die Bezirke in Ortsgemeinden teilt, wenn man an die Spitze jedes dieser Teilgebiete Organe mit örtlich auf das Teilgebiet beschränkter Kompetenz setzt, so geschieht dies nicht so sehr um jener Möglichkeit willen, derentwegen vollkommene Dezentralisation besteht: nämlich inhaltliche Differenzierung der Ordnungen des verschiedenen räumlichen Geltungsbereiches. Im Gegenteil, bei der sogenannten administrativen Dezentralisation sind eine Reihe von Garantien dafür geschaffen, daß diese Konsequenz der Dezentralisation vermieden, daß die Einheit bei der inhaltlichen Gestaltung der für die verschiedenen Teilgebiete gesetzten Normen möglichst gewahrt bleibe: Instanzenzug von den Lokal- bis zu den Zentralbehörden, wodurch die von dem Lokalorgan gesetzte Norm durch die von einem Zentralorgan gesetzte Norm aufgehoben und ersetzt wird; Aufsichtsrecht und Weisungsrecht der Zentral- gegenüber den Lokalbehörden, wodurch die vom Lokalorgan gesetzte durch die vom Zentralorgan gesetzte Norm ebenso aufgehoben und ersetzt wie in ihrem Inhalt bestimmt werden kann. Wenn man sich nicht begnügt, überhaupt nur Zentralorgane zu schaffen, so geschieht dies aus anderen Gründen, als jene sind, die zur vollkommenen (wenn auch nur teilweisen) Dezentralisation führen. Es besteht nämlich das Bedürfnis, die Normsetzung und speziell die individuelle Normsetzung des Verwaltungsaktes und richterlichen Urteiles, durch das die generelle Gesetzesnorm konkretisiert wird und so gleichsam unmittelbar an den Untertan herantritt, in möglichste Nähe zu dem Wohnsitz des solcher Normsetzung bedürftigen Subjektes, andererseits auch das normsetzende Organ räumlich möglichst nahe an die von ihm zu beurteilenden Tatbestände zu bringen. Das ist der Grund für die Bildung möglichst kleiner Verwaltungs- und Gerichtssprengel. Da aber die Entscheidungen und Verfügungen der lokalen Verwaltungsbehörden und die Urteile der lokalen Gerichte nicht endgültig, die ersteren überdies in ihrem Inhalte nicht unabhängig, weil durch Normen der vorgesetzten Zentralbehörden bestimmbar sind, da die territoriale Gliederung mit einer hierarchisch, nach Über- bzw. Unterordnung und Instanzenzug gegliederten Behördenpyramide verbunden ist, der Prozeß der individuellen Normsetzung schließlich bei Zentralorganen endet oder doch — potentiell — enden kann, erscheint das Prinzip der Dezentralisation nur unvollkommen realisiert.

Die Unvollkommenheit der Dezentralisation mangels Endgültigkeit der lokalen Norm äußert sich auf dem Gebiete der Vollziehung darin, daß gegen die Entscheidung oder Verfügung der lokalen Verwaltungsbehörde, bzw. gegen das Urteil des lokalen Gerichtes innerhalb einer bestimmten Frist ein Rechtsmittel offensteht, durch das die Entscheidung bzw. das Urteil einer höheren Instanz, d. i. einer territorial für ein weiteres (den örtlichen Kompetenzbereich der ersten Instanz als Teilgebiet einschließendes) Gebiet kompetenten Behörde provoziert wird. Sofern die Möglichkeit, eine höhere Instanz anzurufen, an eine Frist gebunden ist, ist die erstinstanzlich gesetzte Norm — von anderen Möglichkeiten abgesehen — nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist endgültig. Der durch Möglichkeit des Instanzenzuges begründete Mangel der Endgültigkeit ist somit in der Regel nur bedingt.

Die durch die höhere Instanz gesetzte Norm kann entweder die erstinstanzliche Norm nur kassieren, wobei ihre Ersetzung wieder nur durch eine Norm der ersten Instanz erfolgen kann; die Norm der höheren Instanz kann aber auch reformieren, d. h. in der Sache selbst verfügen oder entscheiden bzw. urteilen, also die aufgehobene erstinstanzliche Norm ersetzen. Dabei ist es von Wichtigkeit, ob die Aufhebung der

lokalen durch die — relativ — zentrale Norm nur wegen Gesetzwidrigkeit, d. h. wegen Verletzung der durch die individuelle Norm zu vollziehenden generellen Norm, oder auch wegen Zweckwidrigkeit erfolgen kann, also wegen der Art und Weise, in der das Lokalorgan den ihm durch die generelle Norm gelassenen Spielraum freien Ermessens ausgefüllt hat. Ist nämlich die höhere Instanz, das zentrale Organ, nur befugt, die Lokalnorm wegen Gesetzwidrigkeit aufzuheben, ist sie nicht befugt, ihr freies Ermessen an Stelle des freien Ermessens der Lokalbehörde zu setzen, dann ist die Lokalnorm wenigstens innerhalb des ihr durch die generelle Norm gelassenen Spielraumes, also nach einer gewissen Richtung hin endgültig. Hinsichtlich der mangelnden Endgültigkeit unterscheiden sich die lokalen Vollzugsakte (individuellen Normen) der Verwaltung im allgemeinen nicht von jenen der Gerichtsbarkeit. Der Instanzenzug mündet in zwei voneinander verschiedenen Zentralbehörden, hier bei einem obersten Gericht, dort bei einem Ressortminister. Ob die letzte Instanz für Verwaltungsakte ein Ressortminister oder aber ein oberstes Verwaltungsgericht ist, macht vom Standpunkt der Zentralisation oder Dezentralisation keinen Unterschied, sofern nur auch das oberste Verwaltungsgericht nicht nur kassieren, sondern auch reformieren und dabei in die Ermessenssphäre eingreifen kann. Insofern letzteres den Gerichten verwehrt ist, bedeutet tatsächlich ein zentrales Verwaltungsgericht gegenüber einer zentralen Verwaltungsbehörde einen geringeren Grad der Zentralisation. Im übrigen sei bemerkt, daß die Endgültigkeit nicht nur individuellen, sondern auch generellen Normen, und zwar Verordnungen wie Gesetzen durch Einräumung einer Art von Instanzenzug genommen werden kann. So kann gegen Verordnungen von Lokalbehörden eine Art actio popularis, ein jedermann zustehendes Rechtsmittel gewährt sein, das eine Überprüfung und Aufhebung der Verordnung durch eine Zentralbehörde herbeiführt. Auch Anfechtungen von Gesetzen wegen Verfassungswidrigkeit, sei es von Untertanen, sei es von besonders dazu berufenen Behörden, sind positivrechtlich mitunter statuiert.

Die Unvollkommenheit der Dezentralisation mangels Unabhängigkeit in der inhaltlichen Bestimmung der lokalen Norm ist auf dem Gebiete der Vollziehung, sofern es sich um die notwendige Bestimmung der individuellen durch die von ihr zu vollziehende generelle Norm handelt, von vornherein gegeben. Doch kann insofern eine gewisse Einschränkung bestehen, als gegenüber Verordnungen das Recht der Prüfung ihrer Gesetzmäßigkeit eingeräumt wird. Dies ist bei den Gerichten der Fall, deren Urteile hinsichtlich ihrer inhaltlichen Bestimmung auch gegenüber individuellen Normen zentraler Organe (den Dienstbefehlen vorgesetzter Behörden) unabhängig sind, während die Entscheidungen und Verfügungen der Verwaltungsorgane an die individuellen Normen der zentralen Organe gebunden sind. Die lokalen Verwaltungsakte sind sonach in der Regel weder endgültig noch unabhängig, die lokalen Gerichtsurteile nicht endgültig, aber doch unabhängig.

§ 28. Die sogenannten „Selbstverwaltungskörper“.

A. Begriff der Selbstverwaltung.

Doch gibt es auch auf dem Gebiete der Verwaltung endgültige und inhaltlich durch keine Zentralnorm bestimmbare Lokalnormen, das heißt eben vollkommen dezentralisierte Verwaltung. Hat solche Dezentralisation eine entsprechende Ausdehnung, indem es sich um Dezentralisation ganzer sachlicher Belange handelt, so daß sich eine — aus einer Mehrheit von Normen gebildete — Teilordnung ergibt, kann man auch innerhalb der einzelstaatlichen Rechtsgemeinschaft von lokalen Verwaltungsgemeinschaften sprechen. Als solche müssen die sogenannten Selbstverwaltungskörper begriffen werden. In dem heute geläufigen Begriffe der sogenannten „Selbstverwaltung“ vermengen sich unklar zwei Gedanken, die systematisch miteinander wenig zu tun haben: der Gedanke der Demokratie und derjenige der

Dezentralisation. Was mit dem Schlagwort der „Selbstverwaltung" gemeint ist, das ist im wesentlichen: eine dezentralisierte Teilordnung, deren Normen demokratisch erzeugt werden, wobei der Inhalt dieser Normen, wenn auch vornehmlich, so doch keineswegs bloß Verwaltung sein muß, vielmehr auch Gerichtsbarkeit sein, und es sich dabei nicht nur um Dezentralisation individueller, sondern auch genereller Normen, insbesondere auch formeller „Gesetze" handeln kann.

Wenn man die „Dezentralisation durch Selbstverwaltung" der „administrativen Dezentralisation" entgegensetzt, so kann dies nur in der Annahme geschehen, daß die Selbstverwaltung, genauer: die in dem Prinzipe der Selbstverwaltung gelegene Demokratie eine spezifische Art von Dezentralisation ergebe: Dezentralisation als Folge der Demokratie oder umgekehrt. Sofern Demokratie das Prinzip der Selbstbestimmung, ihm daher der Grundsatz immanent ist, die Normen von den Normunterworfenen selbst erzeugen zu lassen, jeden Einfluß von anderer Seite aber auszuschließen, dann scheint sich dieser Grundsatz der Demokratie mit der oben charakterisierten Tendenz der Dezentralisation zu decken: die inhaltliche Bestimmung der lokalen Norm von jeder zentralen Instanz unabhängig zu machen. Und dies ist nicht nur dann der Fall, wenn die zentrale Instanz autokratisch, sondern auch, wenn sie demokratisch organisiert ist. Dann sind zwar an der Erzeugung der zentralen Norm auch die der lokalen Norm Unterworfenen — als ein Teil der Gesamtheit — beteiligt; und insofern ist dann die demokratische Forderung erfüllt, auch wenn die lokale Norm ihrem Inhalte nach durch die zentrale bestimmt ist. Allein wenn gefordert wird, daß an der Erzeugung der lokalen Norm nur die ihr Unterworfenen, also nur dieser Teil des „Volkes", nicht das Gesamtvolk — als die Gesamtheit der der zentralen Ordnung Unterworfenen — beteiligt sein solle, ist es nicht nur ein höheres Maß an Dezentralisation, sondern zugleich ein höherer Grad von Demokratie, die damit beabsichtigt sind. Denn die Freiheit im Sinne der Selbstbestimmung muß um so geringer sein, je mehr Individuen an der Erzeugung einer Norm beteiligt sind, die dieser Norm nicht unterworfen sind. Erfolgt die Erzeugung auf dem Wege des Mehrheitsbeschlusses, dann kann, wenn das Gesamtvolk auch die Lokalnorm zu setzen hat, die Mehrheit sich ganz aus denjenigen Individuen bilden, die der zu beschließenden Norm nicht unterworfen sind, die nicht zu jenen gehören, die durch diese Lokalordnung zu einem Teil-Volk, einer Teilgemeinschaft konstituiert werden; was besonders dann, wenn es sich um religiöse oder nationale Teilgemeinschaften handelt, durchaus als autokratisch empfunden wird.

B. Selbstverwaltung und Autokratie.

Abgesehen von diesem Falle, in dem die Tendenz zur Demokratie mit jener zur Dezentralisation parallel läuft, ist Dezentralisation ebenso mit Autokratie wie mit Demokratie vereinbar. Die Erzeugung der vollkommen dezentralisierten, weil endgültig und von keiner zentralen Norm inhaltlich bestimmbaren, in ihrer räumlichen Geltung auf ein Teilgebiet beschränkten Ordnung kann ebenso auf autokratischem wie auf demokratischem Wege erfolgen; zu der Normsetzung kann ein unmittelbar durch die Lokalordnung bestimmtes, einfaches und keines Kreationsaktes bedürftiges, wie ein aus allen der Lokalordnung Unterworfenen zusammengesetztes Organ, ein erblicher Monarch, wie das Volk berufen sein. Aber auch wenn das mit der Erzeugung der territorialen Teilordnung betraute einfache (d. h. nur aus einem Einzelmenschen bestehende) Organ kreiert, und zwar nicht von dem Teilvolke — als einem Lokalorgan — gewählt, sondern von einem Zentralorgan autokratisch ernannt werden muß, ist das rechtlich für den Grad der Dezentralisation ohne Belang, sofern die von dem so kreierten Organ gesetzten Lokalnormen endgültig und unabhängig sind. (Der faktische Einfluß, der sich aus der Tatsache der Ernennung ergibt, ist eine andere Frage.) Der historische Typus des englischen self-government — von dem nicht nur die Bezeichnung, sondern zum großen Teil auch die Idee der

„Selbstverwaltung“ auf dem Kontinente herstammt — stellt ursprünglich einen Fall von Dezentralisation dar, der in dem eben entwickelten Sinne autokratischen Charakter zeigt. An der Spitze der Grafschaftsverwaltung — die lange Zeit als Muster der Selbstverwaltung gegolten — stehen zumeist vom König ernannte Ehrenbeamte, die in ihrer behördlichen, d. h. normsetzenden Funktion nur an zentrale Gesetze, nicht aber an individuelle Normen, an Dienstbefehle der Zentralorgane gebunden sind. Doch stehen diesem autokratischen Element in der historischen englischen Grafschaftsverfassung auch stark demokratische gegenüber (so die Grafschaftsversammlung). Das self-government stellt eben eine Mischform dar. Für die kontinentale Form der Selbstverwaltung ist der demokratische Gedanke das entscheidende Moment: Nicht Verwaltung der lokalen Gemeinschaft durch von der Zentrale — der autokratisch organisierten Zentrale — ernannte Beamte, sondern Verwaltung durch von der lokalen Gemeinschaft gewählte Kollegien, das ist der Sinn, der vornehmlich mit dem Gedanken der Selbstverwaltung verbunden wird. Das Prinzip der Dezentralisation, das der kontinentale Typus der Selbstverwaltung mit dem englischen in höherem Maße gemeinsam hat als das der Demokratie, tritt jedoch beim kontinentalen Typus — wie später noch zu zeigen sein wird — etwas zurück. Der Kampf um Selbstverwaltung ist auf dem Kontinent in allererster Linie ein Kampf um Demokratisierung der Lokalverwaltung, und ist nicht zu trennen von dem allgemeinen Kampfe um Teilnahme des Volkes an der Bildung des Staatswillens überhaupt. Wenn der Begriff der Selbstverwaltung in der Literatur eine sehr widerspruchsvolle Bestimmung erhalten hat — die verschiedensten, voneinander in wesentlichen Punkten abweichenden, einander zum Teil widersprechenden Definitionen liegen vor — so ist das vor allem darauf zurückzuführen, daß mit diesem Begriffe versucht wird, nicht nur zwei verschiedene theoretische Gesichtspunkte, wie Dezentralisation und Demokratie, sondern auch zwei sehr verschiedene historische Typen, wie das englische self-government und die kontinentale Selbstverwaltung, unter eine Haube zu bringen.

C. Der Gegensatz von Selbstverwaltung und Staatsverwaltung.

In der Darstellung der herrschenden Lehre wird die Selbstverwaltung dadurch charakterisiert, daß sie in auffallender Weise zur Staatsverwaltung in einen Gegensatz gebracht, daß Selbstverwaltung und Staatsverwaltung zumindest voneinander grundsätzlich geschieden werden. Man spricht davon, daß nur ein Teil der öffentlichen Verwaltung vom Staate, ein anderer Teil aber nicht vom Staate, sondern von selbständigen Verbänden geführt werde, die an Stelle des Staates öffentliche Verwaltungsaufgaben besorgen. Der Staat habe sich in zahlreichen Fällen darauf beschränkt, eine Verwaltungsmaterie durch Staatsgesetz zu ordnen, die Vollziehung des Gesetzes aber einem selbständigen Verbande überlassen. (Fleiner.) Diese Vollziehung wird als „Selbstverwaltung“ und ihre Träger, die selbständigen Verbände, als „Selbstverwaltungskörper“ angesprochen. Ihr charakteristischer Repräsentant ist innerhalb der kontinentalen Staaten die Ortsgemeinde. Die Dezentralisation beschränkt sich bei ihr in der Regel jedoch nicht — wie aus der üblichen Darstellung hervorzugehen scheint — auf die Sphäre der individuellen Normen. Die Organe der Ortsgemeinde können auch zur Setzung von generellen Normen befugt sein, die man nur nicht „Gesetze“ nennt, obgleich sie es auch insofern sind, als sie von einem kollegialen Vertretungskörper, einem von den Mitgliedern der Gemeinde gewählten Gemeindeausschuß oder Gemeinderat gesetzt werden. Man spricht von autonomen Statuten. Allein bei einem umfassenderen, mehrere Gemeinden zu einem höheren Selbstverwaltungskörper zusammenfassenden Verbande, bei der autonomen Provinz z. B., ist man schon eher geneigt, die von dem Vertretungskörper dieses umfassenderen Kommunalverbandes beschlossenen generellen Normen als „Gesetze“ zu bezeichnen. Die von einer Ortsgemeindevertretung im Rahmen ihrer Kompetenz etwa für die

Angestellten der Gemeinde beschlossene Dienstordnung ist aber ebenso ein Gemeinde**gesetz**, wie die von einem Provinziallandtag beschlossene Gesindeordnung ein Provinzialgesetz ist. Wenn man es nicht als „Staatsgesetz" bezeichnet, so geschieht dies, weil man diesen Terminus für die vom zentralen Vertretungskörper beschlossenen, mit räumlicher Geltung für das Gesamtgebiet ausgestatteten generellen Normen vorbehält. Allerdings muß festgestellt werden, daß die Befugnis zu genereller Normsetzung speziell den Ortsgemeinden und höheren Kommunalverbänden meist nur in geringem Maße und auch nicht in einem vollkommener Dezentralisation entsprechenden Grade eignet. (Vgl. S. 193.)

So wie die generellen Normen, bezeichnet man auch die durch die Gemeindeorgane gesetzten Akte der Vollziehung im engeren Sinne individueller Normen nicht als Staatsakte, nicht als Staatsverwaltung, sondern als autonome oder „Selbst-" Verwaltung, und faßt die Organe der Gemeinde — sowie auch aller höheren Kommunalverbände — nicht als Staats-Organe, sondern als öffentliche Organe spezifischer Qualität, als — nichtstaatliche — Gemeindeorgane auf. Der Begriff des seinem Wesen nach die gesamte einzelstaatliche Rechtsgemeinschaft mit allen ihren Teilgemeinschaften umfassenden Staates zieht sich offenkundig von gewissen lokalen Gemeinschaften, nämlich den demokratisch-dezentralisierten, den Selbstverwaltungskörpern, zurück. Und die Vorstellung eines Gegensatzes zwischen dem Selbstverwaltungskörper, speziell der Gemeinde, und dem Staate steigert sich in der üblichen Theorie sogar zu der Annahme einer selbständigen juristischen Persönlichkeit des Selbstverwaltungskörpers, mit der man diesen gegen die juristische Person des Staates auftreten läßt.

D. Selbstverwaltungskörper als juristische Person.

Der Grund dafür, daß der Selbstverwaltungskörper in der landläufigen Vorstellung dem Staate gegenüber zu einem von diesem verschiedenen, selbständigen Rechtsgeschöpf wird, ist leicht einzusehen. Die durch die Dezentralisation geschaffene Besonderheit der lokalen Gemeinschaft, die durch eine nur für das Teilgebiet des Selbstverwaltungskörpers geltende Ordnung konstituiert wird, und mehr noch: das politische Interesse an immer weitergehender Dezentralisation verdrängt das Bewußtsein von dem unumgänglichen, dem wesentlichen **Einheitsbezug**, in dem diese Rechtsgemeinschaft zu der umfassenden des Einzelstaates steht und kraft der sie letzten Endes und selbst bei noch so weitgehender Dezentralisation als einzelstaatliche Teilgemeinschaft angesehen werden muß. Diese Besonderheit legt auch die im juristischen Denken als Ausdrucksmittel für Individuation beliebte Hilfsvorstellung der juristischen Person nahe. In der Personifikation der den Selbstverwaltungskörper konstituierenden Teilordnung kommt tatsächlich nur die relative Einheit und Individualität dieser Teilgemeinschaft zum Ausdruck. Allerdings bedeutet die juristische Persönlichkeit der Gemeinde, sofern diese ursprünglich nur als Subjekt einer **selbständigen Vermögensverwaltung** in Betracht kommt, eine spezifische Haftungsbeschränkung. Indes dehnt sich die Kompetenz der Gemeinde weit über den Bereich einer bloßen Wirtschaftsverwaltung im privatrechtlichen Sinne aus. Sie wird zum Subjekt sogenannter **öffentlicher** Verwaltung; und wie sie erst als solches ein Selbstverwaltungskörper im spezifischen Sinne wird, nimmt sie als solche den — von der Bedeutung einer Haftungsbeschränkung ganz verschiedenen — Charakter einer juristischen Person an. Allein auch diese Personifikation — deren man sich im übrigen bedienen kann, aber nicht muß, und kraft der man für die Akte der Teilordnung einen vorläufigen Zurechnungspunkt annimmt — kann darüber nicht hinwegtäuschen — obgleich sie es versucht! — daß der Geltungsgrund der die Selbstverwaltungskörper konstituierenden Teilordnung die für das Gesamtgebiet des Staates geltende Zentralordnung ist, daß die Verwaltungsakte der Gemeinde letzten Endes dem Staate als der Einheit des Ganzen zugerechnet werden müssen,

demgegenüber die Gemeinde nur Organ und Teil ist, weil die Gemeinde nur kraft staatlicher Delegation besteht. Wenn die durch die gewählte Gemeindevertretung und den gewählten Gemeindevorsteher zu setzenden Verwaltungsakte ein vom Staatsoberhaupt ernanntes Organ zu setzen hätte — und zwar ebenso wie die Gemeinde — auf Grund von Zentralgesetzen oder von den Zentralgesetzen delegierten Lokalgesetzen, die alle letztlich in der Verfassung ihren Grund finden, dann würde man keine Bedenken tragen, dieses Organ als Staatsorgan, seine Akte als Staatsakte zu bezeichnen. Und ebenso wie die — in der Qualifikation als Staatsakt und Staatsorgan gelegene — Zurechnung zum Staate als der Einheit der Gesamtordnung dadurch nicht berührt werden könnte, daß die — in ihrem Geltungsgrund auf diese Einheit zurückgehenden — generellen und individuellen Lokalnormen endgültig, weil durch kein Rechtsmittel anfechtbar, unabhängig, weil durch keinen Dienstbefehl vorgesetzter Behörden inhaltlich bestimmbar sind, so wird die Zurechnung zum Staate auch nicht dadurch aufgehoben, daß die normsetzenden Organe demokratischen Charakter haben. Es ist nicht möglich, die „öffentliche" Verwaltung in zwei voneinander verschiedene und gegenseitig unabhängige Bereiche, die „staatliche" und „autonome" Verwaltung, zu zerreißen, sofern beide Fälle öffentlicher Verwaltung Rechtscharakter haben, Vollziehung von Rechtsnormen sein sollen. Denn dies setzt ihre Einheit, die Einheit einer Ordnung voraus, deren Glieder beide sind. Und weil der Begriff des Staates vor allem die Einheit dieser Ordnung auszudrücken bestimmt ist, geht es nicht an, ihn fallweise bloß für die eine zu verwenden, und sich damit des einzig möglichen Ausdruckes für die Gesamtheit zu begeben. Zumal wenn damit — bewußt oder unbewußt — die Absicht verbunden ist, auch den Gedanken an diese Einheit zu verdrängen. Wenn man — in der so leicht zu Entgleisungen verleitenden Sprache der Personifikation — sagt, der Staat habe kein Monopol auf die öffentliche Verwaltung, die auch von anderen Personen, den Selbstverwaltungskörpern, geführt werden könne, so ist das nur die sehr irreführende Umschreibung der Tatsache, daß die Vollziehung nicht notwendig durch zentrale, autokratisch gesetzte, daß sie auch durch lokale, demokratisch gesetzte Normen erfolgen könne.

E. Ehrenbeamte und Berufsbeamte.

Die Vorstellung von einem Gegensatz zwischen Selbstverwaltung und Staatsverwaltung wird nicht selten auf die Tatsache gestützt, daß diese durch Berufsbeamte, jene aber durch Ehrenbeamte geführt wird. Tatsächlich hat dieser Umstand viel zu der Annahme eines vom staatlichen Verwaltungsapparat verschiedenen Selbstverwaltungskörpers beigetragen. Allein dieser Unterschied zwischen der Zentralverwaltung und gewissen Lokalverwaltungen — um nichts anderes handelt es sich dabei — besteht eigentlich nur insolange, als die Staatsverwaltung — in dem weiteren, generelle wie individuelle Normsetzung umfassenden Sinne — in der Zentralinstanz grundsätzlich autokratisch organisiert ist, als Gesetzgebung und Vollziehung, soweit sie für das gesamte Staatsgebiet Geltung beanspruchen, durch den Monarchen und die von ihm ernannten, bürokratisch funktionierenden Organe erfolgen, die auf Lebensdauer berufen, im Hauptamt und gegen festen Gehalt aus dem Staatsfiskus tätig sind. Solcher Zentralverwaltung gegenüber muß sich tatsächlich eine Lokalverwaltung deutlich abheben, die gewisse, nur für kurze Funktionsperioden von den Normunterworfenen gewählte Organe im Ehrenamte, das neben einem bürgerlichen Hauptberufe übernommen wird, führen. Sonderlich der Mangel eines — die Zurechnung zum „Staate" rein äußerlich begründenden — Geldbezuges aus einem zentralen Staatsfiskus unterstützt die Vorstellung von der Selbständigkeit des Selbstverwaltungskörpers. Allein der ganze Unterschied zwischen ehrenamtlich und berufsamtlich geführter Verwaltung nimmt in demselben Maße ab, als sich auch die Zentralverwaltung demokratisiert, die Lokalverwaltung andererseits an Umfang und

Intensität zunimmt. Der gewählten Gemeindevertretung entspricht — was die Qualifikation der Organe betrifft — vollkommen die gewählte Volksvertretung des zentralen Parlamentes. Und die vom Parlament gewählte, oder doch unter dem entscheidenden Einfluß des Parlamentes vom Staatsoberhaupte ernannte Zentralregierung unterscheidet sich nicht mehr allzusehr von den von der Gemeindevertretung gewählten Exekutivorganen der Gemeinde, zumal wenn die Minister vom Parlament jederzeit abberufen werden können, wenn es vornehmlich Parlamentarier sind, die die Regierung bilden. Auch wenn die Minister, was keineswegs immer der Fall ist, festen Gehalt und Pension erhalten, stehen sie doch meist außerhalb des Status der pragmatisch angestellten staatlichen Berufsbeamten; auch ist die Berufung in die Stellung eines Ministers nicht so wie die Funktion anderer staatlicher Organe an besondere fachliche Qualifikation gebunden. Andererseits sind die Gemeinden, sonderlich die höheren Stadtgemeinden und Kommunalverbände gezwungen, neben den ehrenamtlich tätigen, gewählten Organen von diesen ernannte Berufsbeamte als Hilfsorgane anzustellen. Diese Gemeindebeamten erhalten in der Regel — wenigstens bei den größeren Selbstverwaltungskörpern — die gleiche äußere Rechtsstellung wie die Staatsbeamten, d. h. die Organe der Zentralordnung; sie werden unter eine Dienstordnung gestellt, somit in gleicher Weise pragmatisiert wie die Staatsbeamten im engeren Sinne des Wortes. Die starke Belastung mit Verwaltungsagenden zwingt aber auch zumindest die von der Gemeindevertretung gewählten Exekutivorgane, sich ihrem Amte ausschließlich zu widmen, es als Hauptberuf, wenigstens für die Funktionsperiode auszuüben; und dies führt dazu, daß diese Organe ähnlich wie die Minister direkt oder indirekt festen Gehalt, mitunter auch Pension erhalten. Das Verhältnis zwischen ihnen und den ernannten Berufsbeamten der Gemeinde ist ein ganz ähnliches wie das zwischen den parlamentarischen Ministern und ihrer Bürokratie. Der Staat ist auch in seiner Zentrale ein Selbstverwaltungskörper geworden, so wie die Gemeinde ihren autokratisch-bürokratischen Apparat erhalten hat. Daß dieser aus einer relativ selbständigen Vermögensquelle — den kraft staatlicher, d. h. zentraler Gesetze den Gemeinden delegierten spezifischen Gemeindeabgaben — gespeist wird, kann natürlich nicht in Betracht kommen, zumal diese dezentralisierte Geldquelle in vielen Fällen gar nicht ausreicht, und direkte Zuwendungen aus dem Staats- d. i. dem Zentralfiskus an den Gemeinde- als einen Lokalfiskus notwendig sind. Wenn trotz alldem das Dienstverhältnis der Beamten der Gemeinde mitunter zum Unterschied von dem Dienstverhältnis der Beamten des „Staates" nicht als öffentlich-rechtliches, sondern als privat-rechtliches angesehen, Streitigkeiten aus demselben daher auf den ordentlichen Gerichtsweg gewiesen werden, so ist das eine doppelte Inkonsequenz: einmal weil das Verhältnis rechtsinhaltlich das gleiche ist wie bei den sogenannten Staatsbeamten im engeren Sinne, dann aber, weil der öffentlichrechtliche Charakter der Gemeinde als Selbstverwaltungskörper auf der anderen Seite ja doch wieder behauptet werden muß. Bemerkenswert ist nur, daß sich der vieldeutige Gegensatz von privatem und öffentlichem Recht hier auch dem Gegensatz von zentraler und lokaler (dezentralisierter) Rechtsordnung (Rechtsgemeinschaft) anpaßt.

F. Der Gegensatz autokratischer und demokratischer Organisation.

Der entscheidende Grund dafür aber, daß der Selbstverwaltungskörper und insbesondere die Gemeinde dem mit der Zentralverwaltung identifizierten Staate gegenüber als wesensfremd, als eine vom Staate verschiedene Gemeinschaft empfunden wurde, scheint der zu sein, daß in dem Gegensatz von Gemeinde und Staat ursprünglich der Gegensatz der Demokratie zur Autokratie zum Ausdruck kommt. Die Gemeinden sind die ältesten Demokratien und waren es schon zu einer Zeit, da die Zentralverwaltung und alle anderen Gebiete der Lokalverwaltung noch streng autokratisch organisiert waren; und waren es in Fortsetzung historischer Tra-

dition, die weit hinter die Ära des Absolutismus zurückreicht. Die Gemeinde wurde nicht als der „Staat“ betrachtet, weil sie nicht der autokratisch-bürokratische Apparat war, mit dem man — als mit seiner geläufigsten Erscheinungsform — den Staat identifizierte. Was nur eine Verschiedenheit der Erzeugungsmethoden der räumlich für das gesamte Gebiet und gewisser nur für Teilgebiete geltender Normen derselben staatlichen Ordnung, nur Verschiedenheit der Staatsform des Ganzen und gewisser Teile war, das wurde zu einem Gegensatz zweier als Ganzheiten behaupteter Gemeinschaften mißdeutet. Der politische Gegensatz zwischen der demokratisch organisierten Lokalgemeinschaft und der autokratisch organisierten Zentralgemeinschaft, speziell das begreifliche Streben der an der Demokratie Interessierten, die Kompetenz des demokratischen Selbstverwaltungskörpers ständig auf Kosten der zentralen Kompetenz zu erweitern, verdrängt jeden Gedanken einer entral- und Lokalordnung umfassenden Gemeinschaft.

G. Das „eigene“ Recht und der „selbständige“ Wirkungskreis der Gemeinde.

Das ist auch der — vielleicht unbewußte — Grund dafür, daß man den Selbstverwaltungskörper wie im allgemeinen als Rechtssubjekt, so insbesondere als Subjekt eines Rechtes auf Verwaltung gewisser Angelegenheiten, eines „eigenen“, gleichsam natürlichen Rechtes auf eine Minimalkompetenz ansah, das der Gemeinde — so wie dem Menschen seine natürlichen, angeborenen Rechte — vom Staate nicht verliehen, auch gegen den Staat zustehen soll. Es ist eine durchaus naturrechtliche Vorstellung, die sich hier geltend macht: Der staatlichen Ordnung als der des positiven Rechts wird eine von ihr unabhängige, aus der Natur der Sache entspringende Gemeindeordnung entgegengestellt. So wie das Naturrecht — seiner individualistischen Grundeinstellung entsprechend — eine von der positiven Rechtsordnung unabhängige, in der natürlichen Existenz des physisch-psychischen Menschen begründete Rechtssubjektivität annahm, so behauptete es auch — und behauptet es vielfach noch heute — eine von der staatlichen Rechtsordnung unabhängige, in irgendwelchen natürlich gegebenen „soziologischen“ Verhältnissen begründete Gemeinde und Gemeindeverwaltung, deren Inhalt die positive Rechtsordnung notwendigerweise — gleichsam nur reproduzierend — in sich aufnimmt. In Wahrheit handelt es sich bei solcher Theorie — ebenso wie bei der naturrechtlichen Doktrin von den angeborenen, in der physisch-psychischen Natur des Menschen begründeten Rechten — nur um den Versuch der Verabsolutierung gewisser politischer Postulate. Das demokratische Prinzip sucht gegenüber der allmächtigen Autokratie ein Minimum an Kompetenz für die von ihm schon behauptete Gemeinde zu sichern, indem es diese Kompetenz als aus der Natur der vom Staate angeblich unabhängig existenten, „natürlichen“ Gemeinde deduziert. Eine Widerlegung dieser naturrechtlichen Argumentation, der hier ja schon wiederholt begegnet wurde, erübrigt. Daß der Teil nicht ohne und nur durch das Ganze existent sein kann, daß natürliche Tatsache und rechtliche Ordnung verschiedene Dinge sind, daß die Gemeinde ihrem Wesen nach nur rechtliche Ordnung ist, wenn auch noch so sehr durch natürliche Tatsachen bedingt, das alles versteht sich von selbst. Ebenso, daß der zeitliche Vorrang dieser Tatsachen vor einer rechtlichen Ideologie nicht zu dem vielfach gezogenen Schluß berechtigt, daß die Gemeinde vor dem Staate existent war. Wäre sie das, d. h. wäre die heute als Teilgemeinschaft existente Gemeinde historisch dem heute als Gesamtgemeinschaft auftretenden Staat vorangegangen, dann wären eben früher Staat und Gemeinde zusammengefallen, die Gemeinde der Staat gewesen. Das alles ergibt sich aus dem schon früher Gesagten. Und dieses findet nur seine Bestätigung, wenn festgestellt wird, daß es schlechterdings unmöglich ist, irgendwelche zur natürlichen Kompetenz der Gemeinde gehörige Angelegenheiten, diesen a priorischen Inhalt des sogenannten „pouvoir municipal“, festzustellen. Zu diesen

aus „eigenem" Recht zu besorgenden, später als „selbständiger" oder „eigener" Wirkungskreis der Gemeinde bezeichneten Angelegenheiten zählt man für gewöhnlich: die Verwaltung des eigenen Vermögens der Gemeinde — das kommt aber nicht weiter in Betracht, weil darin eine bloße Tautologie liegt — vor allem aber: die Verwaltung gewisser „lokaler" Angelegenheiten, zu denen man ein Stück Sicherheits- und Gesundheitspolizei rechnet. Allein wenn auch ohne weiteres einleuchtet, daß es nützlich sei, für diese Angelegenheiten lokale Organe zu schaffen, ja selbst wenn die demokratische Organisation dieser Lokalverwaltung als besonders zweckmäßig eingesehen werden kann, so ist doch kaum zu beweisen, warum gerade die Verwaltung dieser Angelegenheiten vollkommen dezentralisiert werden muß. Ganz abgesehen davon wurde ja niemals die ganze Sicherheits- und Gesundheitspolizei für die Gemeindekompetenz in Anspruch genommen. Irgendeine „natürliche" Abgrenzung innerhalb dieses Bereiches für die Gemeinde ist aber nicht ersichtlich. Über die Frage, welche Angelegenheiten einer für den Bereich der Ortsgemeinde vollkommen dezentralisierten, demokratischen Verwaltung zu überlassen, d. h. welche Angelegenheiten als „Lokal"-Verwaltungsangelegenheiten zu behaupten seien, kann man von sehr verschiedenen Standpunkten aus sehr verschiedener Meinung sein.

In den „eigenen" Wirkungskreis der Gemeinde darf der „Staat" — so lehrt diese naturrechtliche Gemeindedoktrin — ebensowenig eingreifen wie in die Freiheitsrechte des Individuums. Allein dieser Lehrsatz ist entweder falsch — sofern er eine absolute Schranke behauptet — oder er ist eine nichts Besonderes aussagende Selbstverständlichkeit. Versteht man unter „Staat" die gesetzgebende Gewalt, dann steht die fragliche Behauptung in offenem Widerspruch zu positivem Recht. Denn nichts kann im Wege stehen, die durch Gesetz bestimmte Kompetenz der Gemeinde durch Gesetz einzuschränken oder auszudehnen. Versteht man aber unter „Staat" die zentralen Vollziehungsorgane, dann bedeutet der Lehrsatz: daß diese Organe in die gesetzliche Kompetenz anderer nicht eingreifen dürfen; ist also nur eine Anwendung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Eine positivrechtliche Besonderheit — die übrigens die ganze natürliche Gemeindetheorie darum nicht begründen kann, weil sie nur eine Folge dieser Theorie ist — besteht darin, daß in der Regel gegen Eingriffe zentraler Organe wie einer privaten Partei, so der Gemeinde, ein Beschwerderecht, d. h. ein durch bestimmte Gemeindeorgane namens der Gemeinde geltend zu machendes Beschwerderecht eingeräumt wird. Dieses ist im Administrativverfahren vor den zentralen Verwaltungsbehörden und den Verwaltungsgerichten auszuüben. Doch ist dies: daß einem Staatsorgan Parteirolle zukommt, durchaus keine völlige Anomalie, da ja auch sonst Konflikte zwischen Behörden nach einer gleichen oder doch ähnlichen Technik gelöst werden wie Parteistreitigkeiten; so z. B. wenn ein Kompetenzkonflikt zweier Behörden auf Antrag einer der beiden durch ein Gericht zu entscheiden ist. Bei einem Eingriff des „Staates" in den selbständigen Wirkungskreis der Gemeinde liegt im Grunde auch nichts anderes als ein solcher Kompetenzkonflikt zwischen einem lokalen (dezentralen) und einem staatlichen (zentralen) Organ vor.

Sofern das „subjektive", „eigene" Recht des Selbstverwaltungskörpers sich positivrechtlich nur in diesem durch ein Rechtsmittel zu provozierenden — womöglich verwaltungsgerichtlichen — Verfahren zum Schutze der gesetzlichen Kompetenz der Gemeindeorgane äußert, ist daher die ganze von der herrschenden Lehre mit großem Aplomb vorgetragene Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Selbstverwaltungskörpern, zwischen solchen nämlich, die ein subjektives Recht auf Selbstverwaltung haben, und solchen, die kein solches eigenes Recht haben, ziemlich belanglos. Wenn der Unterschied dahin formuliert wird, daß der aktive Verband seinen Gemeinwillen als Ausdruck des subjektiven Rechtes äußert, das dem Verbande als ganzes zusteht, der passive Verband nur als Realisierung objektiven Rechtes, durch Zusammenwirken von Verbandsangehörigen, auf die die Kommunalrechte und

Pflichten zweckmäßig verteilt werden (Hatschek), so ist dies nur ein Scheinunterschied. Und dieser Schein eines Unterschiedes wird dadurch hervorgerufen, daß man sich in dem einen Fall der Hilfsvorstellung der Personifikation bedient, im anderen Falle aber nicht, obgleich man auf die Personifikation in jenem Falle ebenso verzicehten, wie man sie auch bei diesem anwenden könnte. Nur mit Hilfe der — hier schon wiederholt als verhängnisvoller Irrtum aufgezeigten — Fehlvorstellung, daß ein — juristisch ja nur als „Ordnung" gegebener — Verband in demselben Sinne Rechte und Pflichten „haben" könne wie ein Mensch, kann diese Unterscheidung von aktiven und passiven Selbstverwaltungsverbänden vorgetragen werden. Und sie fällt sofort in sich zusammen, sobald man einsieht, daß Rechte und Pflichten des Verbandes stets nur Rechte und Pflichten — in der den Verband konstituierenden Ordnung gesetzte Rechte und Pflichten — von den Verband bildenden Menschen sein können.

H. Der „übertragene" Wirkungskreis.

Die Annahme eines natürlichen oder selbständigen Wirkungskreises der Gemeinde hat in den meisten modernen Verfassungen dazu geführt, daß diese, wenn sie den Gemeindeorganen andere als die konventionellerweise zu diesem selbständigen Wirkungskreise gehörigen Angelegenheiten zur Verwaltung übertragen, von einem „aufgetragenen" oder „übertragenen" Wirkungskreis sprechen. Der Unterschied zwischen beiden Wirkungskreisen, die beide „übertragen" sind, weil beide in ihrem Geltungsgrunde gleicherweise auf Delegation beruhen, ist einfach der, daß die Normen des einen — wenigstens der Idee nach — vollkommen, die des anderen aber nur unvollkommen dezentralisiert sind, weil die innerhalb des sogenannten selbständigen Wirkungskreises gesetzten Normen endgültig und unabhängig sind, während bei den anderen ein Instanzenzug an die Zentralbehörden, sowie diesen ein Weisungsrecht gegenüber den Gemeindebehörden gegeben ist. Die Zweckmäßigkeit dieser Differenzierung, die nur historisch zu erklären, ist heute, nach Demokratisierung der Zentralbehörden, höchst fragwürdig. In ihr lebt eben noch immer die naturrechtliche Gemeindedoktrin nach. Diese ist auch dann nicht überwunden, wenn man den selbständigen Wirkungskreis als einen Ausfluß der privaten Assoziationsfreiheit zu deuten sucht, d. h. wenn man die Vermögensverwaltung und die Verwaltung der „lokalen" Angelegenheiten — die notwendig eine „Hoheitsverwaltung", eine obrigkeitliche Verwaltung ist, weil sie als Polizei wesentlich in der Setzung von Zwangsakten mündet — aus den Zwecken des Gemeindeverbandes zu deduzieren versucht; wenn man demgemäß diese Verwaltungsakte der Gemeinde als von deren „eigenem" Willen gesetzt ansieht, der Geltung habe, soweit nicht einschränkende staatliche Rechtssätze ein anderes anerkennen; der also — auch wenn diese selbe Theorie widerspruchsvoll das Gegenteil behauptet — unabhängig von der staatlichen Rechtsordnung, aus ihr nicht delegiert, rechtliche Existenz hat und nur an den Zwecken des Verbandes seine Grenze findet. (Jellinek.) Auch diese Konstruktion ist nur eine Paraphrase der naturrechtlichen Gemeindetheorie, obgleich sie im Gegensatz zu ihr vorgetragen wird. Sie verwickelt sich überdies in einen offenkundigen Widerspruch, wenn sie die mit allen konventionellen Symptomen der „Öffentlichkeit" ausgestattete Verwaltung der „lokalen" Angelegenheiten — die lokale Gemeinde-Polizei! — als „private" Verwaltungstätigkeit gelten lassen will.

I. Höhere Selbstverwaltungskörper (Kommunalverbände).

Nur in ihrem selbständigen Wirkungskreis wird die Gemeinde dem Staate als nichtstaatlicher Verband entgegengesetzt, der nicht als Organ des Staates, sondern aus „eigenem Rechte" Verwaltungsakte setzt. Allein dieser von der Theorie behauptete Gegensatz ist nicht einmal in dem Sinne zutreffend, daß der „selbständige" Wirkungskreis der Gemeinde positivrechtlich immer und in jeder Beziehung als

eine vollkommen dezentralisierte Teilordnung gestaltet wird. Ganz abgesehen sei davon, daß die Kompetenz zwischen „Staat" — als den Zentralbehörden — und Gemeinde in der Regel nicht in der Weise aufgeteilt ist, daß irgendwelche Rechtsmaterien der Gemeinde zur Gänze überlassen sind. Meist stellt die — individuelle wie generelle — Normierung durch die Gemeinde nur die Vollziehung staatsgesetzlicher Normen dar, ist somit in diesem Sinne schon inhaltlich durch Zentralorgane bestimmt und nicht unabhängig (vgl. S. 193). Von Wichtigkeit ist, daß die Ortsgemeinde hinsichtlich ihres selbständigen Wirkungskreises häufig in einen umfassenderen Selbstverwaltungskörper, Kreis, autonome Provinz usw. eingegliedert ist, daß daher zumindest ein Instanzenzug gegen die im selbständigen Wirkungskreise der Ortsgemeinde ergangenen Entscheidungen und Verfügungen an ein relativ zentrales Organ des höheren Kommunalverbandes, an den Kreis oder die autonome Provinz eingeräumt ist. Diese Selbstverwaltungskörper nähern sich — schon ihres territorialen Umfanges wegen — auch äußerlich so sehr dem Durchschnittsbilde des modernen Staates, daß sie — im Bundesstaat — als Gliedstaaten, oder als Staatsfragmente, als halbstaatliche oder doch staatsähnliche Gebilde bezeichnet, in ihnen der ursprüngliche Gegensatz von Gemeinde und Staat ganz oder teilweise aufgehoben erscheint oder doch zumindest nicht mehr so betont wird wie bei der Ortsgemeinde. Vor allem aber ist dem „Staat", d. i. den Zentralbehörden, in der Regel der Gemeinde gegenüber auch hinsichtlich ihres selbständigen Wirkungskreises ein gewisses Aufsichtsrecht eingeräumt, das die Möglichkeit gibt, Akte der Gemeinde durch Staatsakte — d. h. Akte der lokalen Organe durch Akte der zentralen Organe — kassieren zu lassen. Und zwar nicht notwendig nur wegen Überschreitung des selbständigen Wirkungskreises der Gemeinde, sondern eventuell auch — unter besonderen Umständen, in dringenden Fällen — aus anderen Gründen, z. B. wegen Verletzung autonomer Gemeindestatuten, u. ä. Auch ein Weisungsrecht des „Staates" gegenüber der Gemeinde ist nicht ganz ausgeschlossen, etwa in der Weise, daß in einer Angelegenheit des selbständigen Wirkungskreises der Gemeinde vom „Staate" aufgetragen werden kann, überhaupt eine Entscheidung oder Verfügung zu treffen, wenn auch das „Wie" dieser Normierung sich dem Einfluß der Zentralbehörde entzieht.

Und nicht nur in bezug auf den Grad der Dezentralisation, auch hinsichtlich des Ausmaßes an Demokratie sind Stufen oder Mischformen möglich; speziell bei den als höhere Kommunalverbände auftretenden Selbstverwaltungskörpern. Als Organe dieser Selbstverwaltungskörper können neben den von den Verbandsmitgliedern gewählten Kollegien oder einfachen Organen auch von Zentralbehörden ernannte Funktionäre erscheinen, die in den verschiedensten Beziehungen zu den gewählten stehen können. So als bloße Exekutivorgane der gewählten Kollegien, oder mit dem Recht der Zustimmung zu ihren Beschlüssen oder einem bloßen Vetorecht ausgestattete Teilorgane, oder es kann den gewählten Kollegien nur ein Antragsrecht gegenüber den ernannten einfachen Organen, oder auch nur eine bloß beratende Stellung zukommen, u. a. m.

§ 29. Die sogenannten Staatsfragmente oder Länder.

A. Schutzgebiete — Kolonien.

Neben der Dezentralisation durch Selbstverwaltung unterscheidet man mitunter auch ein „Dezentralisation durch Länder", indem man mit dem Begriff des „Landes" oder „Staatsfragmentes" ein besonderes, vom Selbstverwaltungskörper wie vom Staate verschiedenes Gebilde zu erfassen sucht. Die in Rede stehende Form der Dezentralisation soll angeblich dadurch entstehen, daß es Staaten gibt, in denen nicht alle Staatselemente (Gebiet, Volk, Gewalt) eine Einheit bilden. (Jellinek.) Daß diese Grundvoraussetzung bereits logisch unmöglich ist, geht aus der hier vorgetragenen

Lehre von den sogenannten Elementen des Staates hervor. Eine Analyse der für den Begriff des Landes oder Staatsfragmentes besonders charakteristischen Typen zeigt dies noch deutlicher. Als der Fall eines Staates, dessen Gebiet und Volk rechtlich keine Einheit bildet, gilt der Staat mit Schutzgebieten oder Kolonien. Diese Schutzgebiete hätten angeblich ein eigenes Gebiet, das nicht Staatsgebiet, ein eigenes Volk, das nicht Staatsvolk sein soll. Doch funktioniere die Staatsgewalt — d. i. die Gewalt des Staates, dem die Schutzgebiete gehören (zu dem das Gebiet und Volk der Schutzgebiete gehören, ohne Gebiet und Volk des Staates zu sein!) auch für das Schutzgebiet. Zu dem darüber bereits in anderem Zusammenhange Gesagten (vgl. S. 161) sei hier — vom Standpunkte einer Theorie der territorialen Gliederung — festgestellt, daß es sich bei solchen Schutzgebieten um dezentralisierte — meist im Gegensatze zur sonstigen Staatsform des Staates, zu dem sie gehören — autokratisch regierte Provinzen handelt. Es muß angenommen werden, daß die Verfassung des Staates — im rechtslogischen wie im positivrechtlichen Sinne — auch für seine Schutzgebiete Geltung beansprucht, wenn auf ihrer Grundlage — und ohne diese Grundlage wäre solches rechtlich überhaupt nicht möglich — Organe berufen werden, die für das Schutzgebiet generelle und individuelle Normen zu setzen haben. In irgendeiner Weise muß dieser Rekurs auf die Verfassung des Staates möglich sein, da sonst für die Annahme einer rechtlichen Zugehörigkeit des Schutzgebietes zu dem Staate oder einer einheitlichen Staatsgewalt keinerlei Grund vorhanden wäre. Mit dieser Einheit derVerfassung oder Staatsgewalt ist aber notwendig die Einheit des gesamten Staatsgebietes und Staatsvolkes gegeben, innerhalb dessen man ja ohne weiteres zwei verschiedene Teilgebiete und Teilvölker unterscheiden kann. Die gemeinsame Verfassung muß dann eben in dem Sinne gedeutet werden, daß sie für das ursprüngliche Gebiet des Staates, das Staatsgebiet in diesem engeren Sinne, eine demokratische oder monarchisch-konstitutionelle, für das Schutzgebiet aber eine autokratische Methode der Normerzeugung einsetzt. Im übrigen ist meist nicht nur die Verfassung in diesem Sinne gemeinsam, auch andere vom demokratischen Gesetzgebungsorgan des Staates beschlossene Gesetze dehnen ihren Geltungsbereich auf das Schutzgebiet aus, sei es mit unbeschränkter, sei es nur mit beschränkter personaler Geltung für die im Schutzgebiet befindlichen Staatsbürger im engeren Sinne, unter Ausschluß der Eingeborenen. Nur die starke Verschiedenheit der Staatsform für die beiden Teilgebiete, sowie gewisse Momente ethisch-politischer Natur (vgl. S. 161) lassen die rechtliche Einheit übersehen und verführen zu der Annahme einer besonderen Form der Dezentralisation, deren Besonderheit aber nicht begründbar ist.

B. Die „Länder“ im engeren Sinne.

Der zweite wichtige Fall von Rechtsgemeinschaften, die man unter dem Sonderbegriff des „Landes“ subsumieren zu müssen geglaubt hat, und der den eigentlichen Anlaß zur Bildung dieses Begriffes geboten haben dürfte, liegt vor, wenn die dezentralisierte Gemeinschaft ein vom zentralen verschiedenes, „eigenes“ oder „besonderes“ Gesetzgebungsorgan, d. h. ein Organ zur Erzeugung genereller, nur für das Teilgebiet geltender Normen hat. Das Gesetzgebungsorgan muß ein Parlament, d. h. ein von der Bevölkerung des Teilgebietes gewählter Vertretungskörper sein. Das wird zwar von der Theorie nicht als wesentlich hervorgehoben — sie spricht nur von „besonderen Gesetzgebungsorganen“ — hat aber doch eine entscheidende Bedeutung. Dieses lokale Gesetzgebungsorgan und eventuell auch andere Vollzugsorgane dieser Gemeinschaft sollen, wie die Theorie behauptet, wesentlich „Staats“-Organe und nicht etwa Gemeindeorgane, Organe eines Selbstverwaltungskörpers sein, obgleich sie nicht „Organe des Staates“, nämlich jenes Staates seien, dessen Teilgemeinschaft das „Land“ bildet; weil die als Land angesprochene Teilgemeinschaft keine Gemeinde, überhaupt kein Selbstverwaltungskörper, aber

auch kein „Staat", sondern eben ein Mittelding zwischen beiden, ein Staatsfragment sei. Dieses „Land" habe zwar kein eigenes Gebiet und kein eigenes Volk — wie das Schutzgebiet — aber dafür eine — wenn auch nur verkümmerte, rudimentäre — Staatsgewalt. Diese manifestiert sich offenbar in dem eigenen „Gesetzgebungs"-Organ des Landes, das den Selbstverwaltungskörpern fehle, bei denen ja nur von Lokalstatuten, nicht von „Gesetzen" gesprochen werden könne. Der Gesetzgebungsprozeß sei eben ein „staatlicher", kein bloß kommunaler Prozeß, alle daran mitwirkenden Organe seien „Staats-"Organe, keine bloßen Kommunalorgane. Landesgesetze würden — im Gegensatze zu den Lokalstatuten der Ortsgemeinde oder anderer Selbstverwaltungskörper — von der „Staats-"Gewalt erlassen, die Landesparlamente nähmen als Staatsorgane an dem Prozesse der Landesgesetzgebung teil. Allein sie seien nicht „direkte" Organe des Staates selbst, sondern gehörten dem Lande zu eigen. Sie seien also „Staats-"Organe, aber nicht — Organe des Staates! (Jellinek.)

Diese ganze Theorie ist offenbar an dem besonderen Falle von Dezentralisation entwickelt, den die alte österreichische Monarchie darstellt, deren Glieder ja gesetzlich den Namen „Länder" führten. Durch die Verfassung war die Gesetzgebung nach Materien zwischen einem Zentralorgan und mehreren lokalen Organen aufgeteilt. Die lokalen Gesetzgebungsorgane, die innerhalb ihrer sachlichen Kompetenz generelle, als „Gesetze", „Landesgesetze" bezeichnete Normen für den räumlichen Bereich eines „Land" genannten Teilgebietes zu erlassen hatten, bestanden aus einem von der Bevölkerung des Landes gewählten Landtag und dem gemeinsamen Monarchen; das zentrale Gesetzgebungsorgan aus dem ursprünglich von den Landtagen, später von der Bevölkerung des als „Reich" bezeichneten Gesamtgebietes gewählten Reichsrat und ebendemselben Monarchen. Diese konstitutionellen Reichs- und Landesgesetzgebungen waren beide gleicherweise eingesetzt durch eine von dem — damals noch absoluten — Monarchen für das Gesamtgebiet erlassene Reichsverfassung. Dabei fiel das Gebiet des „Landes" zum Teil mit Gebieten zusammen, die ehemals Gebiete selbständiger Staaten waren, deren Bevölkerung mit Zähigkeit an der Ideologie einer möglichst selbständigen Rechtsgemeinschaft festhielt. Und das ist der Grund, weshalb man in der gesetzlichen Terminologie diese Teilgemeinschaften nicht als „Provinzen", sondern als „Länder", genauer: als „Königreiche und Länder", bezeichnete, weshalb man in dem offiziellen Titel dieser Länder: „Königreich" Böhmen, „Königreich" Galizien, „Herzogtum" Steiermark usw. mit dem Schein eines selbständigen monarchischen Staatsoberhauptes an dem Schein eines staatlichen oder doch staatsähnlichen Charakters dieser Teilgemeinschaften festhielt. Je weniger man den föderalistischen Bestrebungen in den „Ländern" an wirklicher Dezentralisation bieten, je fester man das Ganze des Reiches zusammenfassen wollte, desto wichtiger war es, in der äußeren Titulatur den Schein zu erwecken, als ob Österreich nur ein loses Bündel selbständiger Staaten und keineswegs ein einziger, in Selbstverwaltungskörper dezentralisierter Staat wäre. Demnach denn auch der Name dieses Staates bis zu seinem Ende nur „die im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder" war. Diesem aus politischen Motiven erzeugten Schein, dem die positive Rechtslage offenkundig widersprach, darf aber die Theorie, nur auf Erkenntnis des die rechtliche Realität darstellenden Tatbestandes gerichtet, nicht zum Opfer fallen, oder sich gar selbst opfern, indem sie den verzweifelten Versuch macht, die Teilgemeinschaften als „Staaten" und doch zugleich als „Nicht-Staaten", ihre Organe als „Staatsorgane" und zugleich nicht „als Organe des Staates" zu deuten.

Nach all dem schon bisher über das Verhältnis des Staatsteils zum Staatsganzen Gesagten ergibt sich von selbst, daß es schlechthin unmöglich ist, ein Organ des Teils nicht auch als Organ des Ganzen gelten zu lassen. Wenn die Landesparlamente als Organe der Teilgemeinschaft des Landes anzusehen sind, weil sie die Landesgesetze beschließen, so sind sie — zumindest — ebensosehr als Reichsorgane anzu-

sehen, haben sie somit als Organe desselben „Staates" zu gelten, dessen Organ auch der Reichsrat, das Zentralparlament ist, weil diese Landesparlamente ebenso wie das Reichsparlament von derselben, für das Gesamtgebiet des Staates erlassenen, diesen Staat als Einheit allererst konstituierenden Verfassung eingesetzt sind. Die Frage, wessen Organ jemand ist, wem ein Organ „zu eigen gehört", ist — wie schon früher dargelegt — in erster Linie die Frage nach dem Existenzgrund eines Organs, eine Zurechnungsfrage. Das ist aber im Grunde auch die Frage, wessen die in der Teilgemeinschaft ausgeübte Staats-„Gewalt" ist. Wenn den Ländern eine „rudimentäre" Staatsgewalt zugesprochen wird, so ist das nur der — durch historisch-politische Rücksichten beeinträchtigte — Ausdruck für die rechtliche Tatsache, daß die Zurechnung der in Frage kommenden Organakte in der Teilordnung einen vorläufigen, durch das rechtsinhaltliche Individuationsmoment der territorialen Geltungsbeschränkung begründeten Zurechnungspunkt findet, daß dieser aber kein endgültiger Endpunkt der Zurechnung sein kann. Die „Gewalt" der als Land bezeichneten Teilgemeinschaft, das ist, juristisch ausgedrückt: die Geltung der die Teilgemeinschaft konstituierenden Teilordnung, ist nur darum „Staats"-Gewalt, weil sie ihren Grund in der Geltung der die Gesamtordnung bestimmenden Verfassung hat, weil sie von der Zentralgewalt delegiert, weil und sofern sie Reichsgewalt ist.

Wenn die Landesparlamente „Staats"-Organe sind, sind sie es darum, weil sie Reichsorgane sind. Ob sie es auch darum sind, weil sie Landesorgane, die Länder „Staaten" im Staate sind, ist eine Frage, auf die bei der Besprechung der Lehre von den sogenannten Staatenverbindungen zurückzukommen sein wird. Der von der herrschenden Lehre dafür angeführte Grund: weil die Länder ein „Gesetzgebungs"-Organ haben und daher keine bloßen Selbstverwaltungskörper sind, ist jedenfalls falsch. Wie gleichfalls schon aus anderem Zusammenhange hervorgeht (vgl. S. 182), bedeutet Gesetz im materiellen Sinne nichts anderes als generelle Norm. Als Gesetz — im formellen Sinne — hat man jedoch die Tendenz nur solche generelle Normen zu bezeichnen, die von gewissen, relativ zentralen Organen ausgehen, wobei diese Organe womöglich Vertretungskörper sein müssen. Doch ist das nur eine terminologische Besonderheit. Daraus, daß man eine generelle Norm als „Gesetz" bezeichnet, folgt nichts für das Wesen des sie setzenden Organes oder der gesetzten Ordnung. Gewiß nicht, daß dieses Organ ein „staatliches", die von ihm erzeugte Ordnung ein Staat oder Halbstaat u. dgl. sei. Die von einem lokalen Vertretungskörper beschlossenen und als Gesetze bezeichneten generellen Normen unterscheiden sich durch nichts von den von einem lokalen, autokratisch ernannten Verwaltungsorgan erlassenen, aber als „Verordnung" bezeichneten generellen Normen. Der in der Terminologie sich ausdrückende politische Vorzugswert der einen vor den anderen ist positivrechtlich belanglos. Darum ist auch zwischen dem „Lokalstatut" genannten, von dem Organ einer Ortsgemeinde beschlossenen materiellen Gesetz und der „Landesgesetz" genannten, von einem als „Parlament" bezeichneten, aber lokalen Vertretungskörper gesetzten Norm unter diesem Gesichtspunkt kein Unterschied. Denn nichts stünde im Wege, von Gemeindegesetzen zu sprechen. Ein „staatlicher" Prozeß ist auch diese Gemeindegesetzgebung, Staatsorgane sind auch diese Gemeindeorgane, und zwar aus demselben Grunde, aus dem die Landesgesetzgebung Staatsfunktion ist: weil ihr Geltungsgrund letztlich in der die Einheit des Staates konstituierenden Verfassung ruht. Will man aber den Begriff des Staates — als Rechtsinhaltsbegriff — auf gewisse, relativ zentrale Normsetzungsakte beschränken, dann kann man die Landesgesetze ebenso als „staatliche" wie als „nichtstaatliche" Akte bezeichnen, dann kann man aber auch die generellen Normen höherer Kommunalorgane als „Staatsgesetze" gelten lassen, wie man sie nur als Lokalstatut bezeichnen kann. Eine feste Grenze läßt sich eben nicht ziehen.

C. Selbstverwaltungskörper — Land — Gliedstaat.

Können somit die Landesparlamente und sonstigen Landesorgane nicht mit mehr Recht als „Staats“-Organe bezeichnet werden als die Gemeindeorgane und speziell die Organe höherer Kommunalverbände, so besteht doch zwischen dem eben charakterisierten Typus der als „Land“ bezeichneten, dezentralisierten Teilordnung und den Gemeinden und höheren Kommunalverbänden ein — bereits früher angedeuteter — nicht unerheblicher Unterschied gerade mit Beziehung auf die Art der Dezentralisation. Die Dezentralisation nach dem Typus des „Landes“ ist eine vollkommenere als die nach dem der Gemeinde, sofern der räumlich auf ein Teilgebiet beschränkten Normsetzung einzelne Gegenstände rechtlicher Regelung zur Gänze überlassen sind; so daß insbesondere auch die generellen Lokalnormen — die sogenannten Landesgesetze — diese Materie ohne jede inhaltliche Bestimmung durch Zentralorgane erfassen können. Die Kompetenz der Selbstverwaltungskörper, die Angelegenheiten des selbständigen Wirkungskreises durch generelle und individuelle Normen zu regeln, ist jedoch meist nicht in der Weise eingeräumt, daß damit die Kompetenz zentraler Gesetzgebungsorgane, d. h. die Möglichkeit ausgeschlossen ist, diese Angelegenheiten auch durch zentrale generelle Normen zu regeln, so daß die den Gemeinden übertragene generelle Normsetzung, sofern dies überhaupt der Fall ist, nur innerhalb der die gleiche Materie betreffenden generellen Normen eines Zentralorgans, also inhaltlich wesentlich bestimmt, sich entfalten kann.

Dieses — von der herrschenden Lehre allerdings bisher übersehene — Moment rechtfertigt tatsächlich eine — auf das Maß der Dezentralisation abgestellte — graduelle, nicht aber prinzipielle Differenzierung zwischen zwei Typen, von denen man den einen immerhin als „Land“ bezeichnen kann, wenn für den anderen der Terminus des „Selbstverwaltungskörpers“ ausschließlich reserviert bleiben soll. Und von eben demselben Standpunkt ergibt sich dann auch die schon früher skizzierte (vgl. S. 166) Möglichkeit einer weiteren Differenzierung: Je nachdem, ob sich die Dezentralisierung hinsichtlich einzelner Materien nur auf die Stufe des Gesetzes oder auch auf die der Verfassung erstreckt, d. h. ob die mit räumlicher Geltung nur für das Teilgebiet zu erlassenden generellen Normen sich nur auf den Inhalt oder auch auf die Form des Gesetzes, auf den Gesetzgebungsprozeß selbst beziehen können. Wenn generelle Lokalnormen nicht nur inhaltlich über bestimmte — in die Kompetenz der Teilgemeinschaft gestellte — Materien, sondern auch über die Art und Weise ergehen können, wie diese Lokalgesetze zustandekommen sollen; wenn auch die Verfassung der Teilgemeinschaft den Gegenstand der lokalen Gesetzgebung bildet — personifikativ ausgedrückt: wenn die Teilgemeinschaft sich selbst ihre Verfassung geben kann, wenn sich die Autonomie auch auf die Verfassung bezieht — was stets nur im Rahmen und auf Grund der Gesamtverfassung, der Verfassung des Ganzen, möglich ist — dann ist ein noch höherer Grad von Dezentralisation gegeben, dem im großen und ganzen die Stellung der sog. Gliedstaaten in den Staatenverbindungen des Bundesstaates und Staatenbundes entspricht.

§ 30. Die Staatenverbindungen.

A. Rechtsbegriff und Einteilung der Staatenverbindungen.

Bundesstaat und Staatenbund sind die beiden Grundformen, auf die sich alle sog. Staatenverbindungen zurückführen lassen; wobei der Begriff des Staatenbundes hier allerdings in einem etwas weiteren als dem üblichen Sinne gebraucht wird, indem auch die Unionen sowie die Protektorats- und Vasallenverhältnisse als Staatenbund aufgefaßt werden, was später noch zu rechtfertigen sein wird. Der Rechtsbegriff der Staatenverbindung besagt, daß als Staaten bezeichnete

Gemeinwesen in einer rechtlichen Verbindung stehen; und das bedeutet nichts anderes, als daß solche Gemeinwesen — selbst nur Ordnungspersonifikationen — durch eine höhere Rechtsordnung zu einer Einheit konstituiert werden. Dabei kann diese höhere Rechtsordnung die Universalrechtsordnung des Völkerrechts sein und die allgemeine Verbindung aller Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft konstituieren; oder aber eine kraft der Völkerrechtsordnung gültige Teil- oder Spezialrechtsordnung konstituiert eine besondere Verbindung nur zwischen gewissen Staaten. Stets muß natürlich die juristisch entscheidende Beziehung zur Völkerrechtsordnung als dem letzten Quell, dem obersten Prinzip, der höchsten Rechtsordnung, aus der die verbindende Kraft der Teilrechtsordnung stammt, theoretisch aufrechterhalten werden.

Staatenbund und Bundesstaat, diese beiden Haupttypen der Staatenverbindungen, unterscheiden sich voneinander auch nur durch den Grad der Dezentralisation oder Zentralisation. In beiden Fällen handelt es sich um Rechtsgemeinschaften, deren Ordnung aus Normen besteht, die räumlich für das Gesamtgebiet, und Normen, die räumlich nur für Teilgebiete gelten, wobei jedoch der Umfang und die Bedeutung der Gegenstände, die durch die für das Gesamtgebiet geltenden, also die zentralen Normen geregelt werden, in dem einen Falle zum Unterschied vom anderen größer ist als Umfang und Bedeutung der durch die Lokalnormen geregelten Materien; so daß die für das Gesamtgebiet geltende Ordnung und die Totalität aller von ihr umfaßten Teilordnungen in dem einen Fall — offenbar wegen des Ausmaßes der zentralen Kompetenz — noch als „Staat", in dem andern Fall aber nur noch als „Bund" von Staaten bezeichnet wird. Neben diesem Unterschiede kommen wohl noch gewisse formale, organisationstechnische Momente in Betracht, die jedoch keine eindeutige Differenzierung des Staatenbundes vom Bundesstaate ermöglichen und im übrigen, so wie das erstere, auch nur eine graduelle, keinesfalls aber eine prinzipielle Differenz zwischen beiden Arten von Staatenverbindungen ergeben. Einen solchen prinzipiellen Gegensatz nimmt allerdings die herrschende Lehre an, indem sie nur die eine als „Staat", d. h. als Rechts*ganzes*, die andere aber bloß als völkerrechtliche Gemeinschaft von souveränen Staaten gelten lassen will, die jeder für sich ein Rechtsganzes darstellen sollen, während die Verbindung selbst keine *über* den Gliedern stehende Rechtsgemeinschaft und daher selbst kein Rechtsganzes konstituiert. Der Begriff der Staatenverbindung umfaßt demnach — in der traditionellen Darstellung — zwei wesentlich verschiedene Spezies: einen *Staat* und einen wesentlich *nicht* als Staat gekennzeichneten Verband, wobei das als Bundesstaat geltende Gebilde eine *innerstaatliche*, das als Staatenbund bezeichnete eine *außenstaatliche* Verbindung von Staaten darstellen soll. Daß diese Unterscheidung von Bundesstaat und Staatenbund eine prinzipielle und nicht bloß graduelle ist, kann nur dadurch begründet werden, daß der Begriff des Staates, verabsolutiert, allein die Rechtsganzheit repräsentiert. Daß es im „Innern" eines Staates noch Staaten geben kann, ist dann freilich ebenso unmöglich, wie daß es „außerhalb" des Staates noch Staaten gibt, die ihm koordiniert und mit ihm zu irgendeiner Gemeinschaft verbunden werden, ohne daß ein höheres, umfassenderes Ganze vorausgesetzt würde, das den verbundenen Elementen Gliedcharakter verleiht und so die Eigenschaft des höchsten Ganzen nimmt. Löst man aber den Begriff des „Staates" von der Bedeutung eines absolut Ganzen, relativiert man den Sinn, den man mit diesem Worte verbindet, dann muß wieder der prinzipielle Unterschied verschwinden, den die traditionelle Lehre zwischen Bundesstaat und Staatenbund sucht. Und dann muß sich die Untersuchung des Problems auf das Moment richten, dessen graduelle Differenzierung den Unterschied zwischen den beiden als Staatenverbindungen bezeichneten Typen ausmacht: die *Dezentralisation*.

Es ist der gleiche Weg, auf dessen Stufen man zu der letzten, umfassendsten Gemeinschaft positiven Rechts, der civitas maxima des Völkerrechts gelangt. Erweist

sich somit, daß alle hier behandelten Rechtsgemeinschaften: Gemeinde, Kommunalverband (Selbstverwaltungskörper), Land, Gliedstaat im Bundesstaat, Einzelstaat, Staatenbund und Völkerrechtsgemeinschaft sich nur oder doch in erster Linie durch den Grad der Dezentralisation unterscheiden, die das Gesetz der Reihe darstellt, in der eine Form kontinuierlich in die andere übergeht, dann ist es nur mehr eine terminologische Konvention, welches Glied oder welche Glieder dieser Reihe man als „Staat" bezeichnen will. Worauf es wissenschaftlich allein ankommt, ist die Einsicht, daß die zu begreifenden Rechtsgebilde nicht durch qualitative Differenzen voneinander getrennt sind, daß es keinen Punkt gibt, von dem aus sich die einen „innen" und die anderen „außen" befinden, sondern daß es zwischen ihnen nur quantitative Unterschiede geben kann, daß alle nur „innen", nämlich im Innern der nur als einheitliches System denkbaren, alles Recht umfassenden und so allein das Rechtsganze darstellenden universalen Rechtsgemeinschaft vorgestellt werden müssen. Und daß es, nachdem das Prinzip der Einheit, der Integration gesichert ist, nur mehr gelten kann, das Prinzip der quantitativen Differenzierung, das Prinzip der Individuation festzustellen, nach dem sich in der Einheit des Rechts die Vielheit der Rechtsgebilde, der Teilrechtsordnungen ergibt.

B. Staatsrechtliche und völkerrechtliche Staatenverbindungen.

1. Entstehung der Staatenverbindung. Der prinzipielle Gegensatz, den die herrschende Lehre zwischen Staatenbund und Bundesstaat konstruiert, fällt mit einer grundsätzlichen Einteilung der Staatenverbindungen überhaupt zusammen. Diese Einteilung erfolgt nach der Art der Entstehung der Staatenverbindungen in völkerrechtliche und staatsrechtliche Verbindungen, je nachdem, ob der die Verbindung rechtlich begründende Tatbestand ein völkerrechtlicher Vertrag — Staatenbund — oder ein Gesetz, eine Verfassung — Bundesstaat — ist. Dabei wird zwischen Vertrag als Rechtsgeschäft und sohin bloßem Rechtsanwendungsakt und Gesetz als Rechtserzeugungsakt der übliche prinzipielle Gegensatz angenommen, der jedoch — wie noch näher gezeigt werden wird — nicht aufrechterhalten werden kann. (Vgl. S. 231 ff.) Gerade als Begründungsakt für eine die Verbindung mehrerer Staaten konstituierende Ordnung erweist sich das Rechtsgeschäft des Vertrages ebenso sehr als Rechtsanwendung (gegenüber dem Vertragsrechtssatz des Völkerrechts) wie als Rechtserzeugung. Als Rechtserzeugungsakte unterscheiden sich Vertrag und Gesetz nur insofern, als jener notwendigerweise in der übereinstimmenden Willensäußerung der zu Verpflichtenden besteht, während bei diesem dies nicht der Fall sein muß, aber — im Tatbestand extrem demokratischer Gesetzgebung — der Fall sein kann. Wenn behauptet wird, der Staatenbund beruhe auf völkerrechtlichem Vertrag, der Bundesstaat aber — als Staat — auf einer Verfassung, die sein eigenes Gesetz sei, so ist demgegenüber festzustellen, daß Vertrag und Verfassung, Vertrag und Gesetz nicht einander ausschließende Begriffe sind, da der Vertrag die Verfassung des Bundes zum Inhalt hat, und — den durch den Vertrag Verpflichteten gegenüber — eben das Gesetz, d. h. die verbindliche Norm, die lex contractus ist. Der Bundesstaat kann somit durchaus auf Verfassung beruhen und dennoch durch Vertrag entstanden sein, ebenso wie der Staatenbund seine Verfassung hat, also auf der Verfassung beruht und durch Vertrag entstanden ist. Die Annahme, daß die Verfassung des Bundesstaates als Gesetz des Bundesstaates zustandekommt, und zwar in demselben Sinne wie ein Bundesgesetz, nämlich durch das von der Bundesverfassung eingesetzte Gesetzgebungsorgan des Bundes erlassen wird, das wäre freilich eine petitio principii. Doch ist keineswegs ausgeschlossen, daß der Bundesstaat überhaupt durch Gesetz — im Sinne einer nicht wesentlich durch die zu Verpflichtenden bewirkten Normsetzung — begründet werde. Nur daß es dann das Gesetz eines Staates ist, der dadurch erst zu einem Bundesstaate verwandelt wird, daß seine Verfassung die — dem Typus des Bundesstaates entsprechende

— Dezentralisation statuiert. So sind denn auch Bundesstaaten historisch sowohl durch völkerrechtlichen Vertrag bisher „souveräner", d. h. nur der Völkerrechtsordnung unterstehender Einzelstaaten, als durch Gesetze eines bisher als Einzelstaat (d. h. als zentralistisch organisierter Staat) existenten Staates entstanden. Doch steht grundsätzlich nichts im Wege, daß durch verfassungänderndes Gesetz ein Einheitsstaat in einen Staatenbund verwandelt werde, wenn dies auch aus politischen Gründen nicht sehr wahrscheinlich sein dürfte. Der Einwand, daß durch Gesetz eines Staates nicht neue Staaten — Gliedstaaten eines Bundesstaates oder Staatenbundes — entstehen könnten, ist ebensowenig stichhältig wie jener, daß durch völkerrechtlichen Vertrag kein Staat — der Bundesstaat — entstehen könne. Beide Einwände haben die Vorstellung zur Voraussetzung, daß der Staat eine absolut höchste, in diesem Sinne souveräne Ordnung sei, deren Entstehung eben darum nicht rechtlich begriffen werden könne. Denn die rechtliche Entstehung einer Ordnung ist nur durch einen Tatbestand denkbar, an den eine höhere Ordnung Rechtsfolgen, nämlich die neuentstandene Ordnung als Teilordnung, knüpft.

Dieses Souveränitätsdogma mit seiner Verabsolutierung des Staates ist demnach auch der — wenn auch nicht eingestandene — Grund dafür, daß eine weitverbreitete Theorie die Entstehung des Bundesstaates auf eine metarechtliche Tatsache — eine nationale Tat etwa — zurückzuführen versucht. Obgleich die bedeutendsten, ganz allgemein als Bundesstaaten angesprochenen Gebilde historisch durch Verträge bisher selbständiger, nur dem Völkerrecht unterworfener Staaten entstanden sind, indem die erste Bundesverfassung — so wie die Verfassung der gleichfalls völkerrechtlich entstandenen Staatenbünde — als Inhalt des völkerrechtlichen Vertrages auftritt, glaubte doch die Theorie — von der Annahme ausgehend, daß durch Vertrag kein Staat entstehen könne — den Vertragstatbestand ignorieren zu müssen und den neuen Bundesstaat mitten in einer gesetzlich sich wandelnden Rechtswelt durch eine juristische Urzeugung gleichsam entstehen zu lassen. Schon durch diese Annahme einer rechtlichen generatio aequivoca führt sich diese Theorie ad absurdum.

2. Die Theorie des „konstitutiven" Vertrages. Einen gewissen Mittelweg sucht jene Theorie einzuschlagen, die die Entstehung des Bundesstaates, zwecks prinzipieller Abgrenzung dieses Gebildes gegenüber dem Staatenbunde, zwar nicht gerade auf eine außerjuristische Tatsache, so doch auf einen Tatbestand zurückführt, der — nicht wie der Vertrag oder das Gesetz — durch eine höhere Norm rechtsbegründende Kraft erhält, dennoch aber rechtlichen Charakter trägt. Diese Eigenschaft soll nämlich die sog. „Vereinbarung" haben, die man — in völliger Verkennung der Tatsache, daß mit Ausnahme der Ursprungshypothese jeder rechtserzeugende Tatbestand auch rechtsvollziehenden Charakter trägt — von einem gewöhnlichen Vertrag dadurch unterscheidet, daß man ihr rechtserzeugende Kraft zuspricht, ohne sie als Akt der Rechtsvollziehung, Rechtsanwendung gelten zu lassen. Indem man den Bundesstaat auf einer solchen „Vereinbarung" und nicht auf rechtsgeschäftlichem „Vertrag" beruhen läßt, versucht man, den völkerrechtlichen Vertrag, aus dem die für die traditionelle Theorie maßgebenden historischen Bundesstaaten entstanden sind, und über den eine auf die Rechtsentstehung dieser Staatenverbindung gerichtete Betrachtung einfach nicht hinwegkann — zumal sich gewisse politische Interessenten gelegentlich immer wieder auf diesen Entstehungstatbestand berufen — derart umzudeuten, daß der rechtsgeschäftliche Charakter dieses Tatbestandes, die Tatsache, daß er sich als Anwendung des völkerrechtlichen Vertragsrechtssatzes darstellt, verschwindet und er nur als rechtserzeugender Faktor in Betracht kommt. Man bezeichnet die „Vereinbarung" als bloßen Rechtsbegründungsakt, dem die Eigenschaft des gewöhnlichen Vertrages, Rechtsvollzugsakt zu sein, fehle. Man spricht von einem „konstitutiven" Vertrag, und kennzeichnet ihn als eine Willenseinigung, die nicht die Bedeutung eines nur

Pflichten und Rechte für die Kontrahenten setzenden Rechtsgeschäftes habe, die vielmehr eine neue Rechtsordnung schaffe, der sich die Kontrahenten unterwerfen; so daß zwischen ihnen nicht bloß Vertragsrechte und Vertragspflichten bestünden, sondern daß über ihnen eine neue Rechtsordnung, eine Verfassung, ein Gesetz stünde, dem sie sich zu beugen hätten. Allein jeder Vertrag schafft eine Rechtsordnung, die sich die Kontrahenten unterwirft, indem sie Pflichten und Rechte zwischen den Kontrahenten setzt. Und Vertragspflichten wie Vertragsrechte bestehen nur insofern zwischen den Kontrahenten, als über ihnen eine neue Rechtsordnung, nämlich die Vertragsrechtsordnung, ein Gesetz, nämlich das Vertragsgesetz steht. Die Pflichten und Rechte sind ja nur die subjektivistische Ausdrucksform für das — mit Bezug auf eine objektive Geltung — als Rechtsordnung bezeichnete System von Normen. Darin ist kein Kriterium für einen vom rechtsgeschäftlichen verschiedenen konstitutiven Vertrag gefunden. Und so ist es nur selbstverständlich, daß die Frage, wann eigentlich ein Vertragstatbestand einen „konstitutiven" Charakter aufweise, zu einem circulus vitiosus führen muß. Der äußere Tatbestand unterscheidet sich durch nichts von dem eines rechtsgeschäftlichen Vertrages: geäußerte Willensübereinstimmung. Der innere Tatbestand, der Vertragsinhalt aber kann grundsätzlich derselbe sein wie der eines Gesetzes. Aus dem Begriff des Vertrages folgt nichts, was die Annahme hindern könnte, daß alles, was gesetzlich geregelt werden kann, auch einer vertragsmäßigen Ordnung fähig ist. Die Theorie des konstitutiven Vertrages ist daher nicht imstande, den Zirkel zu vermeiden: Ein Vertrag ist konstitutiv, wenn er eine Rechtsordnung setzt, und er setzt eine Rechtsordnung, wenn er konstitutiv ist.

Der eigentliche Sinn, der der Theorie des „konstitutiven" Vertrages innewohnt, ist auch ein ganz anderer, als einen Unterschied zwischen zwei Vertragsformen aufzuzeigen! Worauf es ankommt, ist nicht, ob der Vertrag eine Rechtsordnung setzt — das tut jeder Vertrag — sondern ob diese durch den Vertrag gesetzte Rechtsordnung als eine bloße Teilrechtsordnung oder als Gesamtrechtsordnung aufgefaßt wird. Der entscheidende Unterschied ist der: ob die juristische Konstruktion die verbindliche Kraft des Vertrages, die an diesen Tatbestand als Folge geknüpften Normen — subjektiven Pflichten und Berechtigungen, kurz die Vertragsrechtsordnung — aus einem den Bestandteil einer „höheren", d. h. allgemeineren Rechtsordnung bildenden Rechtssatz, im vorliegenden Falle also: aus dem Rechtssatze „pacta sunt servanda" der Völkerrechtsordnung deduziert; oder aber ob die juristische Konstruktion die Vertragsrechtsordnung selbst als höchste voraussetzt, richtiger: aus einer diesem konkreten Vertrage Verbindlichkeit zuerkennenden Ursprungshypothese ableitet. Dabei sei nicht übersehen, daß der Vertrag als solcher, nämlich als Tatbestand der Willensübereinstimmung, in keinem Falle „konstitutiv" ist. Konstitutiv, d. h. die letzte Quelle der rechtlichen Geltung, der Rechtsverbindlichkeit, der Rechtsbindung oder Verbindung ist im ersten Falle die über den Kontrahenten stehende Völkerrechtsordnung, allerletztlich: die Völkerrechtshypothese, im zweiten Falle die spezielle Ursprungshypothese unmittelbar. Wird der den Bundesstaat erzeugende Vertrag als „konstitutiv" bezeichnet, so hat dies keine andere Bedeutung, als daß von der Völkerrechtsordnung — als einer über allen Staaten und demgemäß auch über den zum konkreten Bundesstaat zu verbindenden Staaten stehenden Rechtsordnung — abstrahiert, daß das Völkerrecht als Rechtsgrundlage für die Konstruktion des Bundesstaates, richtiger: daß die Hypothese vom Primate des Völkerrechts abgelehnt, daß vielmehr die aus dem konkreten Vertrage, der speziellen Vertragshypothese rechtslogisch abzuleitende Rechtsordnung — die vom Standpunkt eines Primates des Völkerrechts nur eine Teilordnung wäre — als souverän, d. h. aber: als Staat im Sinne des herrschenden Souveränitätsdogmas und sohin der Primat dieser staatlichen Rechtsordnung vorausgesetzt wird.

3. Die Bedeutung des Gegensatzes von staatsrechtlicher und völkerrechtlicher

Staatenverbindung. Das ist der Sinn des Unterschiedes zwischen einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Staatenverbindung, den die herrschende Lehre mit dem Gegensatz zwischen vertragsmäßiger und verfassungs-(gesetz-)mäßiger Grundlage der Staatenverbindung bei Staatenbund und Bundesstaat zusammenfallen läßt. Darum — und nur dann — gehören Staatenbund und Bundesstaat, so wie die herrschende Lehre annimmt, unter prinzipiell verschiedene Kategorien: nicht weil der eine ein Vertrag, der andere eine Verfassung ist — das sind keine Gegensätze; sondern darum, weil die juristische Konstruktion den Staatenbund auf einen Vertrag, und weil sich dieser Vertrag auf einen Völkerrechtssatz, die Vertragsordnung, Vertragsverfassung des Staatenbundes als Teilordnung auf eine höhere Gesamtordnung, die des Völkerrechts nämlich, gründet, während die Vertragsverfassung des Bundesstaates selbst als höchste, als souveräne, selbst als Staatsordnung, d. h. aber als Staat vorausgesetzt wird. Jetzt ist allerdings ein absoluter —und keineswegs nur relativer — Gegensatz von Staatenbund und Bundesstaat vorhanden. Die ,,Verfassung" des Bundesstaates unterscheidet sich nunmehr wesentlich von dem ,,Vertrag" des Staatenbundes, so wie sich auch der ,,Vertrag" des Bundesstaates von der ,,Verfassung" des Staatenbundes unterscheidet: Denn nur die Verfassung oder der Vertrag des Bundesstaates haben den Charakter der Ursprünglichkeit, sofern nur sie ihre Verbindlichkeit unmittelbar aus dieser Ursprungshypothese holen, aus der reinen Satzung einer Voraussetzung.

Allerdings kann nicht nachdrücklich genug betont werden, daß dieser ganze Unterschied, den die herrschende Lehre zwischen Staatenbund und Bundesstaat als zwischen zwei Staatenverbindungen behauptet, keine zulässige logisch-systematische Bedeutung hat. Denn die unterschiedenen Elemente gehören nicht mehr ein und demselben Erkenntnissystem an. Die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen Staatenbund und Bundesstaat gemäß der Unterscheidung von vertragsmäßigem und verfassungsmäßigem Ursprung ist in Wahrheit nur die Verschiedenheit zweier grundsätzlich miteinander unvereinbarer juristischer Hypothesen. Sobald die Theorie sich mit bestimmten rechtlichen Gebilden, nämlich mit den Verfassungen des Deutschen Reiches oder der Schweiz oder der Vereinigten Staaten von Amerika beschäftigt, verläßt sie die unter dem Gesichtspunkt einer Verbindung koordinierter Staaten unumgängliche Hypothese eines Primates der Völkerrechtsordnung und stellt sich auf den Standpunkt eines Primates eben jener Rechtsordnung, die sie als Staat erkennen will. Das politische Postulat: eine bestimmte, im Wege eines völkerrechtlichen Vertrages entstandene Verfassung als ,,Staat" zu begreifen, zwingt die vom Souveränitätsdogma erfüllten Juristen, diese vertragsmäßig entstandene Rechtsordnung als höchste, souveräne vorauszusetzen. Und nur die vorausgesetzte Souveränität kann den Bundesstaat nicht als einen Staatenbund erscheinen lassen. Was freilich dieselben Juristen nicht hindert, ihn — wieder aus anderen politischen Motiven — dennoch als eine Verbindung von Staaten zu erklären und bei seinen Teilen, den sog. Gliedstaaten, auf das Merkmal der Souveränität zu verzichten; was allein ermöglicht, Staatenbund und Bundesstaat — trotz der zugestandenen grundsätzlichen Andersartigkeit beider — gemeinsam in der Lehre von den Staatenverbindungen zu behandeln. (Vgl. S. 225.)

C. Das Verhältnis der Gesamtordnung zur Teilordnung in den Staatenverbindungen (Souveränität).

Faßt man den Begriff der Souveränität nicht in dem formalen Sinne, demzufolge er das Zuhöchst-Sein, die Einheit, Einzigkeit und Ganzheit der als souverän bezeichneten Ordnung oder Gemeinschaft darstellt, sondern verbindet man mit ihm die Vorstellung des möglichen Inhaltes der Ordnung, ihre sachlichen Kompetenzen, dann liegt es nahe, beim Bundesstaat von einer ,,geteilten Souveränität" zu sprechen, nämlich einer zwischen dem Oberstaat und den Gliedstaaten geteilten

Souveränität, sofern eben der Inhalt der Gesamtordnung auf je eine zentrale und mehrere lokale Teilordnungen verteilt ist. Nichts stünde im Wege, diesen Gedanken auch auf den Staatenbund zu übertragen. Wenn dies nicht geschehen, wenn die Lehre von der geteilten Souveränität als eine spezifische Theorie des Bundesstaates aufgetreten ist, den man in diesem Falle dadurch vom Staatenbunde unterscheidet, daß bei diesem die Souveränität ungeteilt den verbundenen Einzelstaaten, dem Bunde aber überhaupt keine Souveränität zuerkannt wird, obgleich doch hier wie dort der Inhalt der Gesamtordnung, die Kompetenz zur Normsetzung zwischen einem zentralen und mehreren lokalen Organen geteilt ist, so rührt das daher, daß man dem Begriff der Souveränität neben dem materiellen auch den formalen Sinn abzugewinnen sucht, den Begriff des Staates von dem formalen Souveränitätsmoment nicht ganz loszulösen vermag. Man will — aus politischen Gründen — die zu einem Bundesstaat zusammengefaßten, ehemals „souveränen" Staaten auch weiterhin als „Staaten" gelten lassen, andererseits aber auch dem Bund, dem neu entstandenen Gebilde den Namen und die mit diesem Namen traditionell verbundene Würde eines Staates beilegen. Nimmt man — nicht mit Unrecht — an, daß der spezifische Wert oder Rang, der sich in diesem Staatsbegriff ausdrückt, in der Souveränität liegt, so muß man sowohl dem Oberstaat wie den Gliedstaaten diese Souveränität zusprechen können. Diese Möglichkeit bietet sich in dem ja auch sonst verwendeten, materiellen Souveränitätsbegriff. Hat man mit dessen Hilfe Oberstaat und Gliedstaaten als souverän hingestellt, dann erschleicht man zu der materiellen Bedeutung des Wortes, mit der ja nicht gedient sein kann, die formale: Da die Kompetenz zwischen Oberstaat und Gliedstaaten vollständig aufgeteilt, ist jeder der beiden in seinem Bereiche vom anderen unabhängig, ist jeder innerhalb seines Wirkungsbereiches höchste, souveräne Gemeinschaft. Es stehen somit im Bundesstaate zwei Souveränitäten, zwei souveräne Gemeinwesen: der Oberstaat und die Gliedstaaten nebeneinander. Indem sich an Stelle des materiellen der formale Souveränitätsbegriff schiebt, braucht man dann eigentlich gar nicht mehr von „geteilter" Souveränität zu sprechen. Oberstaat und Gliedstaaten sind, sofern sie eben einander koordiniert und nicht subordiniert sind, beide souverän, sowie die in der Völkerrechtsgemeinschaft nebeneinander stehenden Einzelstaaten souverän sind. Im Staatenbund versucht man diese ganze Argumentation von vornherein gar nicht, weil man hier — wieder aus politischen Gründen — dem Bunde Würde und Bedeutung eines „Staates" nicht zuerkennen will. Doch ist diese ganze Argumentation nur ein Trugschluß. Er beruht auf der Annahme, daß zwischen der Gesamtordnung und den Teilordnungen im Bundesstaate kein Abhängigkeits-, d. h. kein Delegationsverhältnis besteht. Eine eingehendere Analyse erweist jedoch das Gegenteil.

Besteht eine Rechtsordnung, wie die des Bundesstaates, aus Normen mit verschiedenem territorialen Geltungsbereich, dann sind drei Bestandteile zu unterscheiden: die Verfassung, durch die die Einheit der Gesamtordnung konstituiert wird. Diese Norm (oder dieser Normenkomplex) muß sowohl in territorialer wie in sachlicher Hinsicht mit Geltung für das Gesamtgebiet der Totalordnung auftreten, wenn sie auch, ja gerade weil sie die gesamte sachliche Kompetenz auf eine Zentralordnung und mehrere Lokalordnungen aufteilt; oder m. a. W. weil und sofern sie nichts anderes tut, als je ein Zentralorgan und mehrere Lokalorgane zur Setzung von Normen zu delegieren, von denen die von dem Zentralorgan gesetzten Normen sich auf bestimmte sachliche Kompetenzen zu beziehen und für das territoriale Gesamtgebiet zu gelten haben, während die von den Lokalorganen gesetzten Normen sich auf alle andern sachlichen Kompetenzen zu beziehen und nur für territoriale Teilgebiete zu gelten haben. Diese Gesamtverfassung ist notwendigerweise positives Recht, kann keineswegs eine bloße rechtslogische Voraussetzung sein. Auf Grund der Gesamtverfassung und von ihr delegiert, stehen somit zwei weitere Normenkreise, die — der delegierenden Gesamtverfassung gegenüber —

als delegierte Teilordnungen erscheinen: eine mit räumlicher Geltung für das Gesamtgebiet und mehrere mit räumlicher Geltung für Teilgebiete. Bezeichnet man die erstere als Oberstaat und die letzteren als Gliedstaaten, so sind beide tatsächlich einander koordiniert, besteht tatsächlich zwischen beiden kein Delegationsverhältnis. Es sind somit die sog. Gliedstaaten dem Oberstaat nicht untergeordnet; und dieser führt insofern seinen Namen mit Unrecht. Allein sie als souverän — im formalen Sinne — zu bezeichnen, ist darum falsch, weil man dabei die fundamentale Tatsache ignoriert, daß beide Teilordnungen von der Gesamtverfassung delegiert sind, ohne die sie als solche gar nicht möglich wären. Gerade so wie die Einzelstaaten in der Völkerrechtsgemeinschaft als koordiniert nur gelten können mit Beziehung auf die gemeinsam über ihnen stehende, sie alle delegierende Völkerrechtsordnung, so kann von einer Koordination des sog. Oberstaates mit den sog. Gliedstaaten im Bundesstaat nur mit Bezug auf die beide Teilordnungen delegierende Gesamtverfassung die Rede sein. Diese Gesamtverfassung ist es, die als Bundesstaat im eigentlichen Sinne zu bezeichnen ist, und die — weil sie die von ihr delegierten Teilordnungen wie ein Rahmen seinen Inhalt umfaßt, — den Bundesstaat auch im Sinne des Ober- und Gliedstaaten umfassenden Ganzen darstellt. Daraus, daß die beiden als Oberstaat und Gliedstaaten bezeichneten Teilordnungen nicht gegenseitig in einem Delegationsverhältnis stehen, folgt nicht, daß sie überhaupt nicht untergeordnet, sondern unabhängig, d. h. souverän sind. Hier liegt der Trugschluß, der zur Theorie von der zwischen Ober- und Gliedstaaten geteilten Souveränität oder zur Theorie der Doppelsouveränität von Ober- und Gliedstaat führt.

Im übrigen ist noch folgendes zu beachten: Vom Standpunkt einer genetischen Betrachtung kann das die erste Bundesverfassung setzende Organ: die Gemeinschaft der zum Abschluß des völkerrechtlichen Vertrages berufenen Organe der zu verbindenden Einzelstaaten oder das Gesetzgebungsorgan des in einen Bundesstaat sich wandelnden Einheitsstaates, nicht auch das zur Setzung von Normen für das räumliche Gesamtgebiet delegierte Organ des — neu geschaffenen — Oberstaates sein. Allein sofern die Bundesverfassung überhaupt als abänderbar gesetzt ist, ist in der Regel das Gesetzgebungsorgan des Oberstaates auch zu ihrer Abänderung berufen. Dieses hat somit nicht nur die Teilordnung des Oberstaates zu erzeugen, sondern auch die diese Teilordnung sowie die Teilordnungen der Gliedstaaten delegierende Bundesverfassung als die Gesamtverassung fortzubilden. Das ist der Grund, weshalb man — in einer perspektivischen Verkürzung gleichsam — die Teilordnung des Oberstaates mit der Bundesverfassung zusammen als eine Ordnung sieht. Obgleich das die Gesamtverfassung ändernde Organ von dem die Teilordnung des Oberstaates setzenden Organ trotz Identität der Organträger geschieden werden muß, läßt die Identität des Organträgers die beiden Normenkomplexe als einen erscheinen. Diesen meint man, wenn man von dem Oberstaat spricht, den man als Bund, Reich, Bundesstaat usw. bezeichnet. Und diesem gegenüber sind dann die Gliedstaaten untergeordnet, weil von ihm, d. h. von einer Norm delegiert, die zum Komplex dieser Ordnung gehört.

D. Die Korporationstheorie.

Wenn der überwiegende Teil der neueren Theoretiker den prinzipiellen Unterschied von Bundesstaat und Staatenbund darin erblickt, daß bei dieser Verbindung im Gegensatz zu jener die verbundenen Staaten ihre volle Souveränität bewahren, so geschieht dies meist auch mit der Begründung, daß der Gegensatz von Staatenbund und Bundesstaat nur ein Spezialfall des schon in der Privatrechtstheorie begründeten Gegensatzes von Gesellschaft und Korporation sei. Man sieht nämlich darin, daß sich im Staatenbund — zum Unterschied vom Bundesstaat — über den juristischen Personen der verbundenen Einzelstaaten keine neue, von diesen ver-

schiedene juristische Person, weil kein neuer, von dem Willen der Einzelstaaten verschiedener Wille erhebe, der Bundeswille im Staatenbund — zum Unterschied vom Bundesstaat — vielmehr nur die Summe der verbundenen Einzelwillen, ein gemeinsamer, kein neuer, fremder Wille sei, ein Symptom dafür, daß die Einzelstaaten im Bunde souverän, die Gliedstaaten im Bundesstaate dagegen — wo über ihnen eine höhere juristische Person steht — nicht souverän seien. Es ist nur eine Wiederholung von hier schon oft Gesagtem, wenn demgegenüber festgestellt wird, daß einer Personifikation des Staatenbundes ebenso wenig im Wege steht, wie einer solchen des Bundesstaates. Die Bundesverfassung als ein Wesen, ein Gemeinwesen, als Rechtssubjekt, juristische Person zum Zwecke der Veranschaulichung und Vereinfachung sich vorzustellen, ist beim Staatenbund ebenso möglich, wie beim Bundesstaat. Nur die mangelnde Einsicht in das Wesen der Personifikationsmechanik hat ja die ganze unglückliche Privatrechtstheorie vom Gegensatz zwischen Gesellschaft und Korporation verschuldet. Gewiß ist die Existenz eines von dem Willen der „verbundenen" Subjekte verschiedenen, höheren Willens letzten Endes entscheidend für die Annahme einer juristischen Person. Allein dieser verschiedene „höhere" Wille ist stets nur die „über" den Subjekten stehende Rechtsordnung, sei es die Universal- oder eine noch so kleine Teilrechtsordnung; die juristische Person aber nur eine Personifikation dieser Ordnung, deren objektive Geltung gegenüber den unterworfenen Subjekten in dem Bilde eines fremden Willens, deren Einheit in dem Bilde einer Person zum Ausdruck kommt. Sicherlich wird die Objektivität der Geltung der personifizierten Ordnung mit dem Inhalt des eigenen psychisch-empirischen Willens der unterworfenen Subjekte in Widerspruch geraten können. Dies ist in einem geringeren Maße der Fall, wenn der Inhalt der objektiv gültigen Ordnung durch den Willen der unterworfenen Subjekte erzeugt wird, wenn Vertrag und nicht Gesetz die Ordnung begründet; wenn die Änderung der Ordnung durch einstimmigen und nicht schon durch mehrstimmigen Beschluß der Unterworfenen erfolgt, wenn Rechtserzeugung und -durchsetzung arbeitsteilig funktionierenden Organen und nicht allen unterworfenen Subjekten selbst übertragen ist usw. Allein diese rechtsinhaltlichen Momente, durch die sich die Ordnungen voneinander unterscheiden mögen, sind für die Frage ihrer Personifikationsmöglichkeit vom formal rechtstheoretischen Standpunkte nicht entscheidend; sie rücken nur psychologisch die Personifikation mehr oder weniger nahe. Weil aber in der Literatur der rechtstheoretisch-formale mit dem rechtsinhaltlichen Gesichtspunkt konstant vermengt wird, erklären die einen den Staatenbund als juristische Person, obgleich er durch Vertrag entstanden, aber weil er mit arbeitsteilig funktionierenden Organen ausgerüstet und in der Bundesverfassung das Majoritätsprinzip ausgesprochen ist; während die anderen — mit Rücksicht auf die vertragsmäßige Grundlage — Majoritätsprinzip und arbeitsteilig funktionierende Organe für unwesentlich erklären und dem Staatenbund juristische Persönlichkeit absprechen. Die Argumentation ist in diesem Falle eine sehr einfache: Die arbeitsteilig funktionierenden Organe sind nicht Organe eines neuen, höheren Gemeinwesens, sondern nur gemeinsame Organe der verbundenen Staaten; auch imMajoritätsbeschluß steckt der Wille aller Einzelstaaten, denn diese haben sich doch im Bundesvertrag verpflichtet, sich dem Majoritätsbeschluß zu fügen; und man zögert nicht, auch eine Exekution gegen den Einzelstaat als auf dessen „Willen" beruhend zu konstruieren, wobei die Identität des objektiven Rechtswillens mit dem subjektiven Willen des einzelnen fingiert wird. Natürlich läßt sich dieselbe Argumentation auch auf den Bundesstaat anwenden. Weil die einen das Wesen des Bundesstaates in einer selbständigen juristischen Persönlichkeit behaupten, haben die anderen sehr leichtes Spiel, Begriff und Existenz des Bundesstaates überhaupt zu leugnen: d. h. auf die Personifikation der Bundesordnung als auf eine Hilfsvorstellung — und nichts anderes ist die juristische Person — zu verzichten. Und umgekehrt könnte man diese Schein und Wesen verwechselnde

Methode — die sog. Korporationstheorie — auch beim Staatenbund so weit treiben, daß man mit dessen Personifikation seinen Staatscharakter behauptet und den verbundenen Einzelstaaten die Souveränität und schließlich auch den Staatscharakter abspricht. Natürlich fehlt es auch nicht an Theoretikern, die dem Staatenbund juristische Persönlichkeit zugleich zu- und absprechen. Der Staatenbund sei „nach innen" eine Gesellschaft, nach „außen" eine Korporation; er habe zwar nicht auf dem Gebiete des Staatsrechtes, dagegen auf dem des Völkerrechtes juristische Persönlichkeit. Bei der allgemeinen Anschauung vom Wesen der juristischen Persönlichkeit, die natürlich auch von diesen Theoretikern geteilt wird, muß eine solche Konstruktion einen Widerspruch in sich selbst bedeuten. Erkennt man nicht, daß die juristische Person eine bloße Hilfsvorstellung ist, deren sich der Jurist bedienen kann, aber nicht bedienen muß, glaubt man, daß juristische Person etwas Objektives, sozusagen rechtlich an sich Gegebenes oder etwas von der Rechtsordnung „Verliehenes" sei, daß der Jurist lediglich Rechtstatsachen beschreibt, Vorgefundenes konstatiert, wenn er die Existenz einer juristischen Person behauptet, dann ist eben ein Rechtsgebilde eine juristische Person, oder ist es nicht. Ist man der Meinung, daß zwischen Rechtsverhältnis und Rechtssubjekt ein Wesensunterschied bestehe, dann kann man nicht behaupten, daß etwas zugleich das eine und das andere sei. Sieht man freilich in der juristischen Person eine im Ermessen des Juristen stehende Konstruktion, mittels deren man jedes Rechtsverhältnis, d. h. jede Gesamt- oder Teilrechtsordnung personifizieren kann — aber nicht muß, — dann steht freilich nichts im Wege, ein und dasselbe Rechtsverhältnis nur in der einen, nicht aber in der anderen Richtung als Person zu behandeln. Eine solche nur teilweise Inanspruchnahme des personifikativen Denkbehelfes bei einem und demselben Gebilde ist zwar nicht wahrscheinlich, aber immerhin theoretisch denkbar. Jedenfalls sind die in Rede stehenden Theoretiker weit davon entfernt. Wenn sie einen staatsrechtlichen und einen völkerrechtlichen Bereich unterscheiden und ein und denselben Gegenstand in jeder dieser beiden Sphären als wesensverschieden behaupten, so liegt — wie schon bei der Unterscheidung von staatsrechtlicher und völkerrechtlicher Vertragsgültigkeit, staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Staatenverbindungen usw. gezeigt wurde — ein Wechsel der erkenntnistheoretischen Standpunkte vor. „Staatsrechtlich", das heißt vom Standpunkte des Primates staatlicher Rechtsordnung; „völkerrechtlich" aber bedeutet in diesem Gegensatz eine mehr oder weniger konsequente, mehr oder weniger weitgehende Negation des ersteren Standpunktes, die Annäherung an die Vorstellung vom Primat der Völkerrechtsordnung; womit freilich nicht gesagt sein soll, daß die Annahme einer über den Einzelstaaten stehenden Teilordnung, der Bundesverfassung, die ja die Personifikation des Bundes insbesondere mit Rücksicht auf die von der Bundesverfassung eingesetzten Organe für den Außenverkehr des Bundes nahelegt, und der wieder über der Bundesverfassung stehenden Völkerrechtsordnung folgerichtig durchgeführt wird; wie ja schon der ängstliche Widerspruch zeigt, auf den die Personifikation der Völkerrechtsordnung selbst bei solchen Theoretikern stößt, die zwar den Mut haben, die Unterordnung von Einzelstaaten unter eine Teilrechtsordnung: die vertragsmäßige Bundesverfassung, als mit der Souveränität dieser Staaten für unvereinbar zu erklären, die allgemeine Unterordnung aller Staaten unter die Völkerrechtsordnung aber, aus der die spezielle Teilrechtsordnung ihre ganze Geltung, ihre rechtliche Existenz holt, gleichzeitig mit der dadurch unberührten Souveränität dieser Staaten behaupten.

Allerdings hätte die Tatsache, daß die Völkerrechtsjuristen ausnahmslos ohne die geringste Rücksicht auf die Konstruktionen der Staatsrechtstheorie den Staatenbund ganz ebenso wie den Bundesstaat als juristische Person behandelten und so den angeblich wesentlichen Unterschied zwischen beiden einfach ignorierten, die Staatsrechtstheorie schon längst stutzig machen und der Erkenntnis zum Durch-

bruch verhelfen können, der man mitunter schon recht nahe war: daß sich der ganze Unterschied auf rechtsinhaltliche Differenzen beschränkt.

E. Rechtsinhaltliche Einteilung der Staatenverbindungen.

Ist der Unterschied zwischen Staatenbund und Bundesstaat aber in dem Inhalt der die beiden Rechtsgemeinschaften konstituierenden Ordnungen gelegen — und keine der verschiedenen Theorien konnte jemals ganz darauf verzichten, das Inhaltsmoment zur Begründung des Unterschiedes heranzuziehen — dann ist es ein Widerspruch, noch an der Entstehungsart, bzw. an der Rechtsgrundlage: Vertrag oder Verfassung, als Kriterium festzuhalten. Denn auf jeder der beiden Grundlagen kann jeder beliebige Rechtsinhalt entwickelt werden, insbesondere kann durch völkerrechtlichen Vertrag ein radikal zentralistisch wie durch — sei es als nationale Tat, sei es als Gesetz eines Einzelstaates — gesetzte Verfassung ein radikal dezentralistisch organisiertes Gemeinwesen begründet werden. Es ist eine typische Situation, in die die herrschende Lehre, die beide Gesichtspunkte vermengt, gerät: Sie zeichnet irgendein rechtsinhaltliches Moment als charakteristisches Unterschiedsmerkmal aus, und sofort stellt sich heraus, daß es ebenso in einer vertragsmäßig wie in einer verfassungsmäßig entstandenen Rechtsordnung gesetzt sein kann.

Indem man die Unterscheidung von Staatenbund und Bundesstaat auf das Rechtsinhaltsmoment abstellt, vermeidet man jene meist in Zirkelschlüssen sich bewegende Scheinargumentation, die, statt die Verschiedenheit zweier Tatbestände aufzuzeigen, grundlos zwei verschiedene Deutungen eines und desselben oder für solche verschiedene Deutung nicht hinreichend differenzierten Tatbestandes liefert. Es geht nicht an, die beiden gegliederten Rechtsgebilde des Staatenbundes und Bundesstaates dadurch zu unterscheiden, daß man an beide verschiedene Deutungsschemen legt, indem man die Glieder in dem einen Falle als souverän voraussetzt, in dem anderen Falle aber nicht, ohne daß man die verschiedene Deutung in dem zu deutenden Material selbst als hinreichend begründet nachweist. Es geht nicht an, zu behaupten, die Gliedstaaten seien im Staatenbund souverän, im Bundesstaate dagegen nicht, der Staatenbund sei kein Staat, der Bundesstaat aber sei es, ohne sich dabei auf materiell-rechtliche Momente zu stützen, die solche Differenzierung in der Deutung erzwingen. Es geht nicht an, zwei Tatbestände, die sich ihrer positivrechtlichen, d. h. rechtsinhaltlichen Qualifikation nach nur graduell unterscheiden, indem das eine oder andere Moment in dem einen Falle mehr, in dem anderen weniger stark hervortritt, als prinzipiell verschieden zu deuten. Die herrschende Lehre durchläuft alle für Staatenbund und Bundesstaat irgendwie in Betracht kommenden rechtsinhaltlichen Momente und findet, daß keines bei der einen oder anderen Staatenverbindung gänzlich ausgeschlossen sei. Statt aus dieser Untersuchung des positivrechtlich gegebenen Materials für die juristische Deutung — oder wie man auch gerne sagt: für die juristische Konstruktion — die entsprechende Konsequenz zu ziehen, fügt man hinzu: aber die Glieder sind in dem einen Fall souverän, im anderen nicht, das Ganze ist in dem einen Fall ein Staat, im anderen nicht. Man ersetzt den Mangel positivrechtlicher Daten durch eine — eben wegen dieses Mangels — grundlose und darum unhaltbare Konstruktion. Man operiert mit einer Hypothese, die auf kein Material bezogen ist.

Die rechtsinhaltliche Vergleichung der als Staatenbünde und der als Bundesstaaten bezeichneten historischen Gebilde ergibt aber das folgende Ergebnis.

1. Allianzen, Verwaltungsvereine. Schon in einem früheren Zusammenhange wurde darauf hingewiesen, daß der Staatenbund gegenüber dem Bundesstaat insofern einen höheren Grad von Zentralisation darstellt, als der Umfang und die Bedeutung der in die zentrale Ordnung gestellten Gegenstände bei dem ersten größer ist als bei dem letzten. Es ist im allgemeinen dasjenige, was man den Zweck der Verbindung nennt, was hier unter dem rein rechtlichen Gesichts-

punkt als der Inhalt der für das Gesamtgebiet der verbundenen Glieder gültigen Ordnung ins Auge gefaßt wird. Es ist die Frage, in welcher Weise die die Verbindung konstituierende Bundesverfassung (im weitesten Sinne des Wortes) die sachlichen Kompetenzen zwischen der Zentralordnung und den Lokalordnungen aufteilt. Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich aber zunächst eine Abgrenzung des Staatenbundes im engeren Sinne von anderen, als Staatenbund im weitesten Sinne anzusprechenden Verbindungen. Als Staatenverbindungen — als „Bünde" von Staaten im weitesten Sinne — werden nicht bezeichnet: völkerrechtliche Verträge, durch die die vertragschließenden Staaten zu einer einmaligen oder nur zu vorübergehenden Leistungen verpflichtet werden. Aber auch Verträge, durch die mehrere Staaten sich für gewisse, von vornherein bestimmte Fälle zu gemeinsamer Verteidigung oder gemeinsamem Angriff gegen dritte Staaten verbinden — die sog. Allianzen — werden wegen der begrenzten Dauer ihrer Geltung nicht zu den eigentlichen Staatenverbindungen (Staatenbünden im weiteren Sinne) gerechnet. Das gleiche gilt von den sog. Verwaltungsvereinen, Verträgen, durch die sich mehrere Staaten zu einem bestimmten Verwaltungszweck, d. h. zu einem gemeinsamen Vorgehen in einzelnen Verwaltungszweigen, verbinden, wie z. B. der sog. Weltpostverein. Man zählt sie nicht zu den Staatenverbindungen im engeren Sinne, obgleich hier sogar häufig arbeitsteilig funktionierende, sog. „eigene" Organe der Verbindung in Form von internationalen Kommissionen u. dgl. auftreten. Wenn die übliche Terminologie hier nicht von Staatenverbindungen spricht, so geschieht dies wegen der relativen Begrenztheit des Zweckes oder — wie man sich auszudrücken pflegt — weil diese Verbindungen die verbundenen Staaten nur in geringem Ausmaße und nur in geringfügigen Angelegenheiten ergreifen.

2. Paritätische und nicht-paritätische Staatenverbindungen (Protektorat, Staatenstaat). Unter den die Staatenverbindungen charakterisierenden inhaltlichen Kriterien ist von Bedeutung, ob die Verbandsordnung durch besondere, d. h. hinsichtlich der Organträger von den Organen der verbundenen Staaten verschiedene Organe erzeugt, bzw. vollzogen wird. Doch spricht man von besonderen oder eigenen Organen auch schon dann, wenn es sich um ein zusammengesetztes Organ handelt, das in dieser besonderen Zusammensetzung nur Funktionen des Verbandes zu setzen hat; wenn jeder der das zusammengesetzte Organ bildenden Menschen — in Personalunion — auch als Organträger für Funktionen der verbundenen Einzelstaaten auftritt. So, wenn das Organ der Verbindung aus einem Kollegium besteht, das aus speziellen Organen, etwa den Außenministern der Einzelstaaten, zusammengesetzt wird. Ein derartiges besonderes Organ ist zumindest für die vertragsmäßige Erzeugung der Verbandsordnung unvermeidlich (vgl. dazu S. 174.). Im übrigen kann die Vollziehung der Verbandsordnung den verbundenen Staaten, d. h. deren Organen überlassen sein. Wenn man daher von einem Gegensatz zwischen organisierten und nicht organisierten Staatenverbindungen spricht, so ist das nur in einem sehr relativen Sinne richtig.

Die Verbandsordnung kann ihrem Inhalte nach die Glieder des Verbandes in paritätischer Weise verpflichten und berechtigen, sie kann insbesondere die Fortbildung der Verbandsordnung und ihre Vollziehung unter gleichmäßiger Beteiligung der Glieder anordnen. Man spricht dann von paritätischen Staatenverbindungen, Genossenverbänden von Staaten. Sie kann aber auch die Glieder in ungleicher Weise verpflichten und berechtigen, so daß ein Abhängigkeitsverhältnis des einen von dem anderen der verbundenen Staaten von Rechtswegen besteht. Zu den ersteren Verbindungen zählt man die Unionen, den Staatenbund im engeren Sinne und den Bundesstaat. Zu den letzteren das Protektorat und den sog. Staatenstaat.

Das Protektorat ist eine Staatenverbindung, bei der sich der eine Staat — der Protektor — dem anderen gegenüber zu völkerrechtlichem Schutz, insbesondere gegen kriegerische Angriffe dritter Staaten, verpflichtet, wogegen der protegierte

Staat auf die selbständige Ausübung gewisser Funktionen, speziell auf dem Gebiete der auswärtigen Politik, verzichtet, so daß er in allen oder doch den wichtigsten völkerrechtlichen Beziehungen von dem protegierenden Staat bzw. dessen Organen vertreten wird. Als Staatenstaat oder auch als Oberstaat mit Unterstaaten bezeichnet man jene Staatenverbindung, durch die eine Art Vasallenverhältnis zwischen zwei Staaten begründet wird. Der sog. Unterstaat hat ähnlich wie der protegierte Staat keine oder doch keine wesentliche außenpolitische Funktion. Diese übt für ihn der Oberstaat aus. Dazu kommt jedoch noch, daß der Unterstaat dem Oberstaat gegenüber zur Stellung von Truppen und bestimmten Geld- oder Sachleistungen, den sog. Tributen, verpflichtet ist, wofür er auf den Schutz des Oberstaates Anspruch hat. Die juristische Theorie, die sich mit diesen mehr auf die Welt des Orients beschränkten Formen weniger beschäftigt hat, bezeichnet den protegierten, den Vasallen- oder Unterstaat als „halbsouveränen" Staat. Der Begriff der Souveränität wird hier offenbar in einem rechtsinhaltlichen Sinne genommen: Souveränität als Fülle aller Kompetenzen. Vertragsmäßiger Verzicht auf Ausübung bestimmter Kompetenzen bedeutet dann Minderung der Souveränität.

3. Die Unionen. Protektorat und Staatenstaat zählt man üblicherweise zu den Staatenverbindungen im engeren Sinne. Ebenso auch die Unionen, bei denen die Gemeinsamkeit des Monarchen den Gegenstand der Verbindung bildet. Man unterscheidet Personal- und Real-Unionen. Das Unterscheidungskriterium schwankt jedoch. Beruht die Gemeinsamkeit des Monarchen, richtiger: die Identität des Organträgers, nicht auf einem Rechtsgrunde, also insbesondere nicht auf einem zwischen den unierten Staaten abgeschlossenen Vertrage, ist somit die Gemeinsamkeit des Monarchen vom rechtlichen Standpunkt eine zufällige, dann liegt, wie schon mit Recht betont wurde, überhaupt keine Verbindung von Staaten im Rechtssinne vor. Nennt man dies Personalunion, dann ist Personalunion in diesem Sinne nur ein Spezialfall der (keineswegs auf das als Monarch bezeichnete Organ beschränkten) Tatsache der Identität des Organträgers bei Verschiedenheit des Organs. Als Staatenverbindung käme die Union nur als Real-Union in Betracht, und wäre als solche die auf Vertrag oder Gesetz — Gesetz eines Einheitsstaates, der sich in zwei nur durch die Gemeinsamkeit des Monarchen verbundene Staaten verwandelt — beruhende Union. Aus der Tatsache, daß die Gemeinsamkeit des Monarchen auf einem Rechtsgrund beruht, geht an sich nicht hervor, daß diese Gemeinsamkeit eine dauernde, nicht etwa auf die Person eines Monarchen und somit auf dessen Lebensdauer beschränkte sein, sondern sich auch auf alle seine Nachfolger erstrecken, daß somit auch die Thronfolgeordnung gemeinsam sein müsse. Gerade das letztere Moment hat man allerdings im Auge, wenn man eine Verbindung als Realunion der bloßen Personalunion entgegensetzt. Im übrigen neigt der Sprachgebrauch auch sonst dazu, dem Gegensatz von Personal- und Realunion einen Sinn innerhalb der auf Rechtsgrund beruhenden Staatenverbindungen abzugewinnen. So spricht man von Personalunion dann, wenn die Verbindung nur in der Gemeinsamkeit des Monarchen, von Realunion, wenn sie in der Gemeinsamkeit auch anderer Organe bzw. sachlicher Kompetenzen besteht. Da der Monarch — auch in der konstitutionellen Monarchie — in der Regel hauptsächlich als Repräsentant des Staates gegenüber anderen Staaten sowie als Kommandant der Armee fungiert, liegt es nahe, daß die Gemeinsamkeit des Monarchen auch zu einer Gemeinsamkeit der anderen diplomatischen und militärischen Organe führt. Dies ist aber — speziell bei konstitutionellen Monarchien — die Voraussetzung dafür, daß auf dem Gebiete der auswärtigen Angelegenheiten und des Kriegswesens Staatsakte gemeinsam für beide Staaten, d. h. Normen mit räumlicher Geltung für das Gesamtgebiet beider gesetzt werden können. Das allein ist das — bereits in anderem Zusammenhange angedeutete — rechtlich entscheidende Kriterium. Auch bei vertragsmäßiger Identität des die Funktion eines Monarchen in beiden Staaten versehenden Menschen

wäre es möglich, daß stets nur Akte mit Geltung für je einen Staat gesetzt werden dürfen. Sind z. B. die Akte des Monarchen in beiden Staaten an die Gegenzeichnung eines verantwortlichen Ministers gebunden, und sind die Minister nicht gemeinsam, dann liegt es nahe, daß die Staatsakte auf allen Gebieten, insbesondere auf dem der auswärtigen Politik und des Kriegswesens für beide Staaten getrennt erfolgen. Sie mögen inhaltlich übereinstimmen, sofern solches überhaupt vereinbart ist, aber es sind stets zwei Normsetzungsakte nötig; darum auch zwei Organe angenommen werden müssen; und somit auch im Falle einer auf Rechtsgrund beruhenden Union bloße Identität des Organträgers, nicht aber Identität des Organes vorliegen kann (sofern man von dem die Verbindung begründenden Staatsakt absieht). Anders, wenn die Gemeinsamkeit des Monarchen den Sinn hat, daß er gewisse Akte für beide Staaten gemeinsam zu setzen habe, d. h. daß er durch einen Akt Normen — und sei es auch nur Individualnormen, Verwaltungsakte — mit Geltung für das Gesamtgebiet der beiden Staaten zu setzen befugt wird; u. zw. durch die, sei es als Vertrag, sei es als Gesetz auftretende Unionsverfassung. Erst in diesem Falle liegt — soweit es sich um die auf Grund der Unionsverfassung erfolgenden Funktionen handelt — mehr als die bloße Identität des Organträgers vor. Es ist hier Gemeinsamkeit, richtiger: Identität des Organs, d. h. ein Organ einer gemeinsamen Ordnung im Sinne eines eine gemeinsame Ordnung erzeugenden Organs gegeben. Das ist in der absoluten Monarchie ohne weiteres möglich. In der konstitutionellen jedoch, wo der Monarch nur Teilorgan ist, seine Akte der Ergänzung durch korrespondierende Akte verantwortlicher Minister bedürfen, wird, um diesen Grad der Gemeinsamkeit, d. h. der Zentralisation zu erzielen, auch die Identität der Organträger bei den kontrasignierenden Ministern erforderlich sein; und zwar jener Minister, innerhalb deren Ressorts zentrale Normsetzungsakte möglich sein sollen. Zwar wäre auch der Fall denkbar, daß nach den Bestimmungen der Unionsverfassung die gemeinsamen Staatsakte durch den Monarchen mit Gegenzeichnung je eines der beiden das gleiche Ressort versehenden Minister beider Staaten zu setzen sind. Allein die historische Gestaltung der Unionen weist den ersteren Typus auf: Gemeinsamkeit des Außenministers und seiner Hilfsorgane, der diplomatischen und konsularischen Vertreter, Gemeinsamkeit des Kriegsministers und der Armee. Das war jedenfalls der Sinn, der mit der über die Person des Monarchen hinausgehenden Gemeinsamkeit auch anderer Organe verfolgt wurde: Die Setzung zentraler Normen im Bereich der Kompetenz dieser Organe. In der Existenz dieser zentralen Teilordnung liegt das Moment, das diese Union wesentlich von jener unterscheidet, bei der solche zentrale Normen — abgesehen von der die Union begründenden Verfassung — nicht möglich sind. Die über die Person des Monarchen hinausgehende Gemeinsamkeit auch anderer Organe ist nur ein sekundäres Moment, an das — weil äußerlich sichtbar — die Theorie sich allein gehalten hat, wenn sie Realunion von bloßer Personalunion scheiden wollte.

Wie schon in anderem Zusammenhange angedeutet, entspricht es dem Typus der Realunion, daß der gemeinsame Monarch und die anderen gemeinsamen Organe nur zur Setzung individueller, nicht aber genereller Zentralnormen befugt sind. Zumindest sind keine als „Gesetze" bezeichneten generellen Normen von den gemeinsamen Organen zu erlassen. Es gibt in der Regel nur eine gemeinsame Verwaltung, aber keine gemeinsame Gesetzgebung. Die Gesetze, auf Grund deren die gemeinsame Verwaltung erfolgt, sind übereinstimmende Gesetze jedes der beiden Staaten. Allerdings bedarf es spezifischer Akte, durch die diese Übereinstimmung hergestellt wird, Vereinbarungen beider Staaten, durch die ein jeder zur Erlassung eines Gesetzes des vereinbarten Inhaltes verpflichtet wird. Doch sind zur Setzung solcher Vereinbarungsakte nicht, wie zur Führung der gemeinsamen Verwaltung, besondere Organe berufen. Diese Akte werden von den im übrigen für die besonderen Zwecke jedes der beiden Staaten bestimmten Organen besorgt, treten also als

gemeinsame Akte — die sie aber nichtsdestoweniger sind — nicht deutlich hervor. Gerade mit Rücksicht auf sie zeigt sich die Realunion auch als Staatenbund im engeren Sinne oder kommt doch diesem Typus außerordentlich nahe.

§ 31. Staatenbund und Bundesstaat.

A. Umfang der zentralen Kompetenz.

Als Zweck des Staatenbundes im engeren Sinne kommt in erster Linie der Schutz nach außen in Betracht. In dem Normalfalle: der Entstehung des Staatenbundes durch völkerrechtlichen Vertrag, werden mehrere selbständige, d. h. nur der Völkerrechtsordnung unterworfene Staaten verbunden, um sich, d. h. insbesondere ihr Gebiet, gemeinsam gegen Angriffe zu verteidigen und eventuell gemeinsam andere Staaten anzugreifen. Dieser Zweck des Bundes drückt sich rechtlich darin aus, daß in die Kompetenz der auf der Bundesverfassung beruhenden, für das Gesamtgebiet der verbundenen Staaten geltenden Zentralordnung die auswärtigen und die militärischen Angelegenheiten gestellt sind. Doch reicht der Zweck des Bundes in der Regel darüber hinaus und ergreift auch gewisse innere Angelegenheiten der Staaten. In diesem Punkte unterscheidet sich der Bundesstaat vom Staatenbund durch das bedeutend größere Ausmaß der der Zentralordnung vorbehaltenen Kompetenz. Die Rechtsgemeinsamkeit, d. h. der Umfang der Angelegenheiten, hinsichtlich deren im Bundesstaat für das Gesamtgebiet einheitliche Normen gelten, ist viel größer als im Staatenbund. Daß das ganze Zivil-, Straf- und Prozeßrecht oder große Teile desselben, daß weite Gebiete des Verwaltungsrechtes als Bundesrecht gelten, ist für den Bundesstaat charakteristisch, während die sachliche Kompetenz im Staatenbund verhältnismäßig klein ist. Auch charakterisiert es den Bundesstaat, daß sein Gesamtgebiet als einheitliches Währungs-, Wirtschafts- und Verkehrsgebiet auftritt, oder es läßt sich doch hier zumindest eine starke Tendenz nach dieser Richtung feststellen.

Die Aufteilung der Kompetenzen kann in der Weise geschehen, daß die dem Bund, d. i. der zentralen Ordnung vorbehaltenen Kompetenzen in der Bundesverfassung taxativ aufgezählt werden, alle übrigen aber den Gliedern überlassen bleiben, oder umgekehrt. Es ist aber auch möglich, daß die Kompetenz des Bundes durch eine Generalklausel umschrieben wird, so daß der Bund zur Besorgung der allen Gliedern gemeinsamen Interessen berufen wird, wobei darüber, welche Angelegenheiten im gemeinsamen Interesse aller Glieder gelegen sind, fallweise zu entscheiden ist. Die Verfassung des Bundesstaates, bei der die zentrale Kompetenz einen erheblichen Umfang hat, bedient sich in der Regel der ersteren, die Verfassung des Staatenbundes der letzteren Methode.

Daß die Kompetenz des Bundes als der zentralen Teilordnung gegenüber der Kompetenz der als Glieder fungierenden Einzelstaaten, der lokalen Teilordnungen, im Staatenbunde im wesentlichen auf wenige Belange eingeschränkt ist, während im Bundesstaat die gegenteilige Tendenz besteht, die Kompetenz des Bundes hier sich nach vielen Richtungen erstreckt, ist der Grund dafür, daß die üblichen Begriffsbestimmungen der beiden Staatenverbindungen nach ganz verschiedenen Gesichtspunkten erfolgen. Die des Staatenbundes ist in der Regel abgestellt auf den Zweck der Verbindung, d. i. also auf den materiellen Rechtsinhalt der Zentralordnung, die des Bundesstaates aber läßt den Zweck ganz beiseite und bezieht sich auf die Rechtsform. Man definiert nämlich in der Regel den Staatenbund als eine Verbindung von souveränen Staaten zum Zwecke des Schutzes nach außen und zur gemeinsamen Verfolgung auch gewisser innerer Staatszwecke, den Bundesstaat aber als einen aus mehreren Staaten gebildeten souveränen Staat. Die Zwecke des Bundesstaates im einzelnen anzugeben, ist eben nicht möglich, während beim Staatenbund der Schutz nach außen doch wenigstens als der prominenteste Zweck, als der Hauptinhalt des Bundes hervortritt. Allerdings sind diese auf ganz verschiedene

Momente abgestellten Definitionen nicht geeignet, jene Vergleichung der beiden durch sie bestimmten Staatenverbindungen zu ermöglichen, auf die die ganze traditionelle Theorie der Staatenverbindungen hinzielt.

B. Verfassungsautonomie; Kompetenzhoheit.

Wie schon aus den allgemeinen Darlegungen über das Wesen der Dezentralisation hervorgeht, ist neben der Aufteilung der sachlichen Kompetenzen auf Zentral- und Lokalordnungen auch dies von Bedeutung: ob die Aufteilung der Kompetenzen sich auf alle Stufen der Rechtserzeugung bezieht oder nicht; m. a. W. ob die zentralen und die lokalen Organe die in ihre Kompetenz gestellten Materien durch generelle und individuelle Normen zu regeln befugt sind, also ob und inwieweit ihnen hinsichtlich ihrer Kompetenz Gesetzgebung und Vollziehung oder bloß das eine oder andere, ganz oder teilweise, zusteht, insbesondere aber: ob und inwieweit ihnen auch die Kompetenz zur Verfassunggebung — Verfassungsautonomie — übertragen ist. Was zunächst das letztere betrifft, so ist sowohl nach der Staatenbund-, wie nach der Bundesstaatsverfassung das zur Setzung der für das Gesamtgebiet des Bundes gültigen, generellen Normen bestimmte Zentralorgan, das Gesetzgebungsorgan des Bundes, berufen, den Prozeß der Erzeugung dieser Teilordnung, d. h. der Verfassung des Bundes — als einer Teilordnung — zu normieren. Es hat nicht nur die Kompetenz zur Gesetzgebung, sondern auch zur Verfassunggebung. Dabei ist es auch befugt, die sachliche Kompetenz des Bundes und sohin — zumindest indirekt — die sachliche Kompetenz der Glieder zu bestimmen. Wie bereits früher bemerkt, steht dem Organ des Bundes — als einer Teilordnung — somit nicht nur die Verfassung dieser Teilordnung, sondern die Gesamtverfassung zur Verfügung, weshalb beide in der gewöhnlichen Vorstellung zu einer Einheit verschmelzen. (Vgl. S. 200.) Man drückt dies auch in der Weise aus, daß man erklärt, der Bund habe die Kompetenzhoheit. Denn indem das zur Gesetzgebung berufene Organ des Bundes die durch die erste Verfassung der Staatenverbindung gezogene Kompetenzgrenze zwischen der zentralen und den lokalen Teilordnungen abändern, für sich erweitern und verengen kann, wird dadurch auch die Kompetenz der Glieder bestimmt, denen zur Regelung nur überlassen bleiben kann, was nicht dem Bunde übertragen ist. Doch ist zu beachten, daß eine Verschiebung der durch die erste Gesamtverfassung gezogenen Kompetenzgrenze, die sowohl die Zentral- wie die Lokalordnungen betrifft, auch dann eine Funktion der Gesamtordnung ist, wenn das sonst nur zur Erzeugung einer Teilordnung — nämlich der zentralen Teilordnung des Bundes — berufene Organ mit ihr betraut ist. Die Kompetenzhoheit steht also stets nur der Gesamtordnung, nie einer Teilordnung zu. Und nur sofern man diese Gesamtordnung meint, wenn man vom „Bund" schlechthin spricht, kann man diesem die Kompetenzhoheit zuerkennen. Dies — allerdings mit dieser Einschränkung — auch dann, wenn das zur Kompetenzänderung berufene Organ der zentralen Teilordnung — wie beim Staatenbund — nur aus Vertretern der Glieder besteht und den bezüglichen Beschluß nur mit Stimmeneinhelligkeit fassen kann; ja auch wenn dieser die Kompetenz des Bundes und der Glieder ändernde Beschluß überdies noch der Zustimmung des Bundes und der Glieder bedürfte, oder wenn gar Kompetenzänderungen sowohl dem Gesetzgebungsorgan der Zentralordnung als auch jedem einzelnen Gesetzgebungsorgan der Teilordnungen überlassen wäre. Denn der kompetenzändernde Akt bleibt trotzdem Akt der Gesamtordnung, und das ihn setzende Organ Organ der Gesamtordnung, auch wenn es sich aus Menschen (Organträgern) zusammensetzt, die sonst Funktionen der Teilordnungen — sei es der zentralen, sei es der lokalen Teilordnungen — zu setzen haben. Damit ist die ganz allgemein verbreitete Lehre widerlegt, daß im Bundesstaat die Kompetenzhoheit beim Bunde liege, während sie im Staatenbund bei den Gliedern verbleibe. Doch ist natürlich auch der Fall

denkbar, daß die in der ersten Bundesverfassung gezogene Kompetenzgrenze als unabänderlich zu gelten hat. Dann entfällt eben das ganze Problem.

Die Kompetenz zur Verfassunggebung ist für die Glieder im Staatenbund wie im Bundesstaat häufig insofern eingeschränkt, als in der — meist dem Gesetzgebungsorgan der Zentralordnung zur Abänderung bzw. Weiterbildung überlassenen — ersten Gesamtverfassung Bestimmungen über die Staatsform der Glieder aufgenommen sind. Eben in der Weise, daß Monarchie oder Republik, daß ständische oder konstitutionelle Organisation, daß Demokratie, unmittelbare Volksgesetzgebung, gewisse Grundrechte der Untertanen und ähnliches in der Bundesverfassung garantiert, d. h. den Gliedern zur Pflicht gemacht wird. Die Verfassungen der Bundesstaaten enthalten nicht selten die vollständige Kodifikation der Grund- und Freiheitsrechte, so daß eine solche in den Verfassungen der Gliedstaaten überhaupt erübrigt. In der Bundesstaatsverfassung kann sogar die Verfassung der Gliedstaaten wenigstens in den Grundzügen geregelt sein, so daß durch das — zur Abänderung der Bundesverfassung berufene — Gesetzgebungsorgan des Bundes Verfassungsänderungen der Gliedstaaten bewirkt werden können, die Gesetzgebungsorgane der Gliedstaaten aber Kompetenz zur Verfassunggebung nur im Rahmen der Bundesverfassung haben, also über ihre „eigene" Verfassung nur beschränkt verfügen können. Allerdings rückt der Bundesstaat in demselben Maße, als seinen Mitgliedern die Verfassungsautonomie beschränkt wird, in die Nähe des Typus eines in autonome Provinzen, Selbstverwaltungskörper gegliederten sog. „Einheitsstaates". Zwischen der — auch in Verfassungen von Staatenbünden üblichen — bloßen Verpflichtung zu einer bestimmten Staatsform und dieser — bei Bundesstaaten möglichen — Regulierung der Grundzüge der Gliedstaatenverfassung ist natürlich nur eine graduelle Differenz.

C. Gesetzgebung und Vollziehung im Staatenbund und Bundesstaat.

Im Staatenbund wie im Bundesstaat wird die dem Bunde übertragene Kompetenz sowohl im Wege der Gesetzgebung, d. h. durch generelle Normen, als auch der Vollziehung, d. h. durch individuelle Normen realisiert. Bundesgesetze treten insbesondere in beiden Verbindungen auch in einem formellen Sinne, d. h. unter dem Namen von „Gesetzen" auf. Auf einen hinsichtlich der Gesetzgebung zwischen beiden bestehenden Unterschied wird später zurückzukommen sein. Auch Verordnungsgewalt kann dem Bund in beiden Arten der Staatenverbindungen zustehen. Ebenso stehen beide Formen der Vollziehung: Verwaltung und Gerichtsbarkeit, dem Bunde im Bundesstaat wie im Staatenbund zur Verfügung. Doch kann die Gerichtsbarkeit dem Bunde vollkommen fehlen, indem die Gerichte nur als Einzelstaatsorgane fungieren. Eine, wenn auch nur auf ganz bestimmte Fälle beschränkte Bundesgerichtsbarkeit ist für den Bundesstaat die Regel und mit dem Typus des Staatenbundes durchaus vereinbar. Speziell zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den verbundenen Staaten.

Bei der Aufteilung der Kompetenzen zwischen dem Bunde und den Gliedern muß sich der Kreis der Gesetzgebung mit dem der Vollziehung nicht decken. Der Bund muß — auch im Bundesstaat — nicht überall dort, wo ihm die Gesetzgebung zusteht, auch die Vollziehung haben. Es ist möglich, daß die Vollziehung von Bundesgesetzen in die Kompetenz der Glieder fällt, oder auch umgekehrt, daß der Bund zur Vollziehung kompetent ist, wo die Gesetzgebung den Gliedern zusteht, der Bund somit Gesetze der Einzel- bzw. Gliedstaaten zu vollziehen hat. Speziell im Bundesstaat kann der Fall vorkommen, daß dem Bund hinsichtlich einer bestimmten Materie die Gesetzgebung — im formellen Sinne — von der Vollziehung aber nur das Verordnungsrecht zusteht.

1. Mittelbarkeit der Gesetzgebung. Hinsichtlich der Gesetzgebung des Bundes besteht zwischen Staatenbund und Bundesstaat insofern ein erheblicher Unterschied, daß bei jenem die von dem Organ des Bundes gesetzten generellen Normen die Untertanen nicht unmittelbar verbinden, wie das bei diesem der Fall ist. Vielmehr erhalten die Bundesgesetze im Staatenbund für die Untertanen erst dadurch verbindliche Kraft, daß sie als Gesetze der Einzelstaaten kundgemacht werden. Zu dieser Kundmachung sind jedoch die verbundenen Staaten durch die Bundesverfassung verpflichtet. Ähnliches ist auch im Bundesstaat möglich, wenn — wie das hinsichtlich mancher Kompetenzen des Bundes mitunter der Fall ist — dem Bund nur die Normierung von Grundsätzen zusteht, die erst durch Gliedstaatsgesetze zu vollziehen sind, so daß erst mit diesen Gliedstaatsgesetzen innerhalb dieser dem Bunde vorbehaltenen Kompetenzen die Untertanen verbindende Normen zustandekommen. Eine gewisse Mittelbarkeit der Bundesgesetzgebung ergibt sich im Bundesstaate auch auf andere Weise: Es ist zu beachten, daß die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Gliedern nie ganz eindeutig erfolgt, weil ein und derselbe Gegenstand unter verschiedenen Gesichtspunkten beurteilt werden kann, etwa sowohl unter der dem Bunde übertragenen Strafrechtsgesetzgebung, als auch unter dem — den Gliedstaaten überlassenen — Forstschutz. Sind z. B. die auswärtigen Angelegenheiten dem Bunde, das Gewerbewesen aber den Gliedstaaten zugewiesen, was folgt dann, wenn ein das ganze Gewerbewesen betreffender Staatsvertrag vom Bunde geschlossen wird? Für solche Fälle können die Gliedstaaten verpflichtet sein, die zur Durchführung von Staatsverträgen des Bundes notwendigen Gesetze — und sonstigen Anordnungen — zu erlassen.

Die für den Staatenbund charakteristische — weil hier die Regel bildende — Mittelbarkeit der Bundesgesetzgebung darf keinesfalls — wie das meist geschieht — aus der völkerrechtlichen Natur des Staatenbundes deduziert und in einen Zusammenhang mit der ebenso irrigen wie weitverbreiteten Lehre gebracht werden, der zufolge durch völkerrechtlichen Vertrag — als welcher die Staatenbundverfassung auftritt — nur die juristischen Personen der Staaten, nicht aber die psychischen Personen der Untertanen dieser Staaten, die Menschen, verpflichtet werden. Da verpflichtet überhaupt nur Menschen werden, jede Rechtspflicht eines Menschen Verhalten zum Inhalt hat, könnte der erwähnte Lehrsatz nur bedeuten, daß durch völkerrechtlichen Vertrag nur solche Menschen verpflichtet werden können, die auf Grund einzelstaatlicher Verfassung die Funktion normsetzender und zwar gesetzgebender oder höherer Vollzugsorgane haben; so daß, wenn in dem völkerrechtlichen Vertrag ein bestimmtes Verhalten der Untertanen beabsichtigt ist, der Vertrag nur den Sinn haben könne, daß die bezüglichen Rechtspflichten durch Normen zu statuieren seien, die zu erlassen diese Organe verpflichtet sind. Es ist dies die sog. Transformationstheorie, nach der es einer Umformung des Vertragsinhaltes in eine einzelstaatliche Rechtsquelle bedarf, um „nach innen" Rechtswirkung zu erzielen. Der völkerrechtliche Vertrag kann, muß aber nicht diesen Sinn haben. Es ist durchaus möglich, daß Staaten einen völkerrechtlichen Vertrag in dem Sinne abschließen, daß sein Inhalt unmittelbar verbindliche Norm für ihre Untertanen sei. Weder von Seite des Völkerrechts noch von Seite der einzelstaatlichen Rechtsordnung steht dem etwas a priori entgegen. Und so gibt es denn auch Verfassungen, die den Staatsvertrag ebenso wie das Gesetz als eine die Untertanen unmittelbar bindende Rechtsquelle einsetzen. Vollends grundlos ist daher die Annahme, daß zwei oder mehrere Staaten durch völkerrechtlichen Vertrag nicht imstande wären, ein Organ zu schaffen, das generelle Normen mit unmittelbarer Verbindlichkeit für die Untertanen zu setzen berufen ist. Schon die durch völkerrechtlichen Vertrag entstandenen Bundesstaatsverfassungen beweisen das Gegenteil. Es ist nicht so, daß unmittelbare Gesetzgebung des Bundes nur dann und nur darum möglich ist, weil der Bund ein „Staat", ein Bundesstaat und kein bloßer Staatenbund ist.

Sondern es ist so, daß wenn kraft der — wie immer entstandenen — Bundesverfassung eine unmittelbare Gesetzgebung des Bundes möglich ist, man den Bund als „Staat" und das Ganze als Bundesstaat bezeichnet, oder doch darin eines jener Momente sieht, die den Bundesstaat vom Staatenbund scheiden. Im übrigen ist zu beachten, daß sich der ganze von der Theorie mit so großem Nachdruck hervorgehobene Unterschied zwischen der mittelbaren Bundesgesetzgebung im Staatenbund und der unmittelbaren im Bundesstaat nur auf ein verhältnismäßig untergeordnetes Stadium im Gesetzgebungsverfahren bezieht; auf die Publikation. Diese — und nur diese — ist im Staatenbund dezentralisiert, während im Bundesstaate auch sie durch Zentralorgane erfolgt. Doch steht die Publikation des vom Bundesorgan gefaßten Gesetzesbeschlusses den Einzelstaaten durchaus nicht frei, sondern sie vollziehen dabei nur eine durch die Bundesverfassung statuierte Pflicht. Nur durch eine Verletzung der Bundesverfassung kann die Publikation und damit die Verpflichtung der Untertanen unterbleiben. Und diese Verletzung ist grundsätzlich ebenso mit Unrechtsfolgen verknüpft, wie die — gleichfalls die Verpflichtung der Untertanen vereitelnde — Unterlassung der Kundmachung des Gesetzesbeschlusses des Parlaments eines Einheitsstaates.

2. Mittelbarkeit der Vollziehung, insbesondere Bundesexekution. Nicht nur die generelle, auch die individuelle Normsetzung des Bundes kann eine bloß mittelbare sein. Verwaltungsakte wie richterliche Urteile, von Organen des Bundes mit Geltung für das Gesamtgebiet gesetzt, können, um für die Untertanen verbindlich zu werden, eines vermittelnden Zwischenaktes bedürfen, der von Organen desjenigen Staates zu setzen ist, dessen Untertanen verpflichtet werden sollen, oder — sofern es sich um einen Zwangsakt handelt — gegen dessen Untertanen sich der Zwangsakt richtet. Doch sind im Staatenbund Vollzugsakte mit unmittelbarer Rechtswirkung für die Untertanen keineswegs ausgeschlossen, im Bundesstaate auch mittelbare Vollzugsakte des Bundes nicht selten. Soweit es sich um Verwaltung und nicht gerade um Gerichtsbarkeit handelt, steht dem Bunde im Bundesstaate die Vollziehung sogar meistens nur mittelbar zu. Denn zum Zwecke der dem Bunde zustehenden Vollziehung hat er sich — sei es hinsichtlich seines ganzen oder nur eines Teiles seiner bezüglichen Kompetenz — der Gliedstaatsorgane zu bedienen, die nur im übertragenen Wirkungsbereich die Akte der Bundesvollziehung, insbesondere die gegen den einzelnen Untertanen gerichteten Zwangsakte zu setzen haben. Worauf noch zurückzukommen sein wird. Aus all dem geht hervor, daß die vielfach aufgestellte Behauptung, im Staatenbund werde — zum Unterschied vom Bundesstaat — die Bundesgewalt nur über die Glieder des Bundes als solche, also nur über die Staaten geübt, keineswegs als eine ausnahmslose Regel anzusehen ist.

Dieser Lehrsatz wird besonders im Hinblick auf die sog. Bundesexekution vorgetragen, das sind die Zwangsakte, die der Bund — im Staatenbund wie im Bundesstaat — im Falle der Verletzung der Bundesordnung (Verfassung wie einfache Gesetze) zu setzen hat, und in denen die Bundesgewalt äußerlich am deutlichsten in die Erscheinung tritt. Doch versteht man unter „Bundesexekution" im eigentlichen und engeren Sinne nicht jene Zwangsakte, die von mittelbaren oder unmittelbaren Bundesorganen gegen einzelne Menschen gesetzt werden, die gewisse die Untertanen direkt verpflichtende Normen des Bundes verletzt haben. So wenn etwa durch ein Bundesgericht private Parteien zu einer Leistung verurteilt werden und auf Grund dieses Urteils — sei es durch besondere Bundesorgane oder durch von Bundesorganen beauftragte Organe der Einzel- oder Gliedstaaten — gegen die Verurteilten Exekution geführt wird. Ja, von „Bundesexekution" in diesem spezifischen Sinne spricht man sogar auch dann nicht, wenn gewisse zur Erfüllung der Pflichten der Glieder gegenüber dem Bunde durch die Verfassung der verbundenen Staaten berufene Organe für den Fall der Nichterfüllung auf Grund eines gerichtlichen oder bloß administrativen Verfahrens durch ein Bundesorgan zu strafen

sind oder gegen sie sonst ein individueller Zwangsakt zu setzen ist; was vornehmlich im Bundesstaate vorkommt, doch auch im Staatenbunde nicht ausgeschlossen ist. Als Bundesexekution bezeichnet die Theorie einen Zwangsakt des Bundes, der sich gegen einen der verbundenen Staaten als solchen richtet und für den Fall eintritt, als einer der verbundenen Staaten seine ihm durch die Bundesverfassung oder durch die auf Grund dieser Verfassung erlassene Bundesgesetze auferlegten Pflichten nicht erfüllt. Im Sinne dieser Theorie enthalten auch die Verfassungen des Staatenbundes wie des Bundesstaates Bestimmungen, die ausdrücklich von einer derartigen, gegen die verbundenen Staaten als solche gerichteten Exekution sprechen. Allein eine solche Exekution gegen einen Staat als juristische Person ist — wie in einem anderen Zusammenhange näher gezeigt werden wird (vgl. S. 248) — unmöglich. Der Staat kann nur Subjekt, niemals aber Objekt eines Zwangsaktes sein. Damit ist jedoch keineswegs gesagt, daß die von einer Bundesexekution gegen die verbundenen Staaten sprechenden Bestimmungen der Bundesverfassungen keinen rechtlich relevanten Inhalt haben. Der den Inhalt dieser Bestimmungen bildende Tatbestand wird nur von den Verfassungen falsch gedeutet. Der Gesetzgeber bedient sich — wie nicht selten — einer unrichtigen juristischen Theorie. Welches ist aber der Tatbestand, und wie ist er richtig zu deuten?

Wenn von Pflichten die Rede ist, die den Einzel- oder Gliedstaaten von der Bundesverfassung, bzw. von den auf Grund dieser Bundesverfassung erlassenen Bundesgesetzen auferlegt sind, so bedeutet das — wie bereits hervorgehoben —, daß durch Normen der Bundesordnung das Verhalten von Menschen als gesollt statuiert ist, die — weil sie Organe der Einzel- oder Gliedstaaten sind — durch deren Verfassungen bestimmt werden. Inhalt einer Pflicht kann nur menschliches Verhalten sein. Auch einen Staat zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, heißt nur einen Menschen verpflichten, einen Menschen allerdings, der als Organ das verpflichtende Verhalten setzen soll, und der daher durch die Verfassung dieses Staates bestimmt wird. Wenn irgendeine Norm einen Staat zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, so bedeutet dies: dieses Verhalten ist geboten; doch welcher Mensch, bzw. welche Menschen dieses Verhalten an den Tag legen sollen, dies zu bestimmen, wird die Verfassung jenes Staates delegiert, dessen Verhalten den Inhalt der Pflicht bildet. Nun kann der Fall eintreten, daß diese Pflichten unerfüllt bleiben. Die Reaktion des Rechtes kann dann eine doppelte sein. Entweder ist ein Zwangsakt gegen die schuldhaft rechtswidrig sich verhaltenden, ihre Rechtspflicht verletzenden Menschen zu setzen. Oder aber der Zwangsakt ist nicht gerade gegen diese gerichtet, sondern es sind nur überhaupt Zwangsakte für diesen Fall vorgesehen und im übrigen dem Ermessen des mit der Exekution betrauten Organes überlassen, welcher Art diese Zwangsakte sein und gegen wen sie sich richten sollen. Die Bestimmung: gegen den seine Pflicht verletzenden Staat, steckt eine so weite Grenze ab, daß darunter überhaupt alle Untertanen dieses Staates verstanden werden können, wenn nicht aus irgendwelchen anderen positiven Rechtsquellen Einschränkungen sich ergeben. Die als Bundesexekution bezeichneten Zwangsakte sind — meist nach ausdrücklicher Bestimmung der Bundesverfassung — durch die dem Bunde zur Verfügung stehende bewaffnete Macht, durch eine militärisch organisierte und bewaffnete Truppe zu bewirken und sollen daher den Charakter einer militärischen Aktion haben: Besetzung des Gebietes des pflichtwidrig sich verhaltenden Einzel- bzw. Gliedstaates, d. h. zwangsweise Einquartierung in Privathäusern, Requisition von Lebensmitteln bei den Eigentümern, Besetzung der Amtsgebäude, Absetzung von Staatsorganen, Verhaftung sich Widersetzender, eventuell auch — bei bewaffnetem Widerstande — Tötung von Menschen. Zweck dieser Zwangsakte ist, das pflichtmäßige Verhalten herbeizuführen. Beachtet man, daß eine derartige Aktion zahlreiche Menschen treffen kann und muß, die an der Nichterfüllung der Pflicht des Staates gar keine Schuld trifft, bedeutet die sog. Bundes-

exekution — gerade so wie der Krieg — daß an Stelle einer Individualhaftung eine Kollektivhaftung, und damit an Stelle einer Schuld- eine primitive Erfolghaftung tritt. Das ist ganz besonders bedenklich, wenn hinsichtlich der Durchführung der Bundesexekution keinerlei einschränkende Normen bestehen; zumal wenn man — wie die herrschende Lehre — diese Exekution nicht als Krieg im Sinne des Völkerrechts ansehen will, und somit sogar die Anwendung der die Kriegführung einschränkenden Normen des Völkerrechts auf den vorliegenden Fall zweifelhaft wird.

Wenn die herrschende Lehre die von der Bundesverfassung vorgesehene, durch die Bundesorgane zu bewerkstelligende Bundesexekution nicht als Krieg gelten lassen will — durch Krieg soll im Staatenbund der Einzelstaat vom Bund zur Erfüllung seiner Pflicht nur gezwungen werden können, wenn die Verfassung des Staatenbundes eine Bundesexekution nicht ausdrücklich anordnet —, so übersieht sie, daß auch der innerhalb der weiteren Völkerrechtsgemeinschaft nur als Reaktion gegen Rechtsverletzung zulässige Krieg eine Exekution, nämlich die Exekution des Völkerrechts, der vom Völkerrecht gesetzte Zwangsakt ist. Ein Unterschied zwischen der Bundesexekution in Staatenbund und Bundesstaat und dem Krieg innerhalb der weiteren Völkerrechtsgemeinschaft ist allerdings gegeben: der nämlich, daß der Widerstand gegen die verfassungsmäßig erfolgende Bundesexekution nicht selbst als Rechts- bzw. Staatsakt, sohin nicht als ,,Krieg" im Rechtssinne, sondern schlechthin nur als Unrechtsakt, als Revolution gelten kann. Und dies sowohl im Staatenbund wie im Bundesstaat. Den Widerstand als Krieg und somit als Rechts- bzw. Staatsakt anzusehen, wäre nur vom Standpunkt der einzelstaatlichen Ordnung möglich, deren Organe — unter Nichtachtung der Bundesverfassung — die den Widerstand bildenden Zwangsakte setzen. Das bedeutet aber: daß der Widerstand gegen die Bundesexekution nur unter Negation der Bundesverfassung so zu deuten wäre. Wenn nach Völkerrecht Zwang und Gegenzwang gleicherweise als ,,Krieg" und sohin als Rechtsakt zu deuten ist, so nur darum, weil die Völkerrechtsordnung keine objektive Instanz einsetzt, die in dem Streit zweier Staaten feststellt, auf wessen Seite das Unrecht. (Vgl. S. 125f.) Wenn aber die Bundesverfassung ein Bundesorgan mit der Bundesexekution betraut, so überträgt sie dem Bund — und nicht den verbundenen Gliedern — die letzte Entscheidung darüber, ob eine dem Einzel- oder Gliedstaat auferlegte Pflicht unerfüllt geblieben ist.

Wie die Staatenbundverfassung, so kann auch die Bundesstaatsverfassung auf die Statuierung einer spezifischen Bundesexekution verzichten. Nur erfolgt es hier aus einem ganz anderen Grunde als dort. Eine Bundesexekution ist in der Bundesstaatsverfassung dann überflüssig, wenn die zur Erfüllung der den Gliedstaaten auferlegten Pflichten gegen den Bund von den Gliedstaatenverfassungen berufenen Organe hiefür durch die Bundesverfassung persönlich verantwortlich gemacht sind, wenn für den Fall der schuldhaften Nichterfüllung Zwangsakte gegen sie und nur gegen sie vorgesehen sind. Die Feststellung der Pflichtverletzung wird dann am besten einem Gerichte übertragen, so daß die Realisierung des Zwangsaktes Exekution eines richterlichen Urteiles ist. Dabei kommen natürlich noch andere Maßnahmen in Betracht, durch die die rechtstechnisch höchst primitive Bundesexekution überflüssig wird. So insbesondere die Kassation bundesverfassungswidriger Rechtsakte der Gliedstaaten, speziell verfassungswidriger Gesetze und Verordnungen durch ein höchstes Bundesgericht, Devolution der Gliedstaatskompetenz an den Bund im Falle des Unterlassens von Rechtsakten, zu deren Setzung die Gliedstaaten verpflichtet sind u. a. m.

3. Gebiet und Volk (Staatsbürgerschaft). Indem man den Lehrsatz, daß die Bundesgewalt nur über Staaten geübt werde, als eine den Staatenbund betreffende Wesenserkenntnis voraussetzt, glaubt man daraus auch weitere wesentliche Eigenschaften dieser Staatenverbindung erschließen zu können. Da die Bundesgewalt

nicht eigentlich über Menschen herrsche, also keine ,,Staats"-Gewalt sei, habe der Staatenbund auch kein eigenes Gebiet, vielmehr gäbe es nur die Staatsgebiete der verschiedenen Einzelstaaten, und auch kein eigenes Volk, vielmehr gäbe es nur die Staatsvölker der Einzelstaaten. Dagegen hätte der Bundesstaat zugleich mit seiner unmittelbar über die Menschen ausgeübten ,,Staats"-Gewalt auch ein eigenes, als ,,Staats"-Gebiet zu qualifizierendes Bundesgebiet und ein eigenes, als ,,Staats"-Volk zu qualifizierendes Bundesvolk. So daß innerhalb des Bundesstaates jeder Gebietsteil sowohl als Gebiet des Gliedstaates wie des Oberstaates, jeder Staatsbürger sowohl als Bürger des Gliedstaates wie des Oberstaates, also doppelt qualifiziert sei. Daß die Bundesgewalt darum keine Staatsgewalt sei, weil sie sich nicht gegen Menschen, sondern gegen Staaten richtet, ist unzutreffend, denn die Bundesgewalt — die rechtlich nichts als die Geltung der Bundesordnung ist — wird selbst dann gegen Menschen ausgeübt, wenn diese Menschen erst durch die einzelstaatlichen Ordnungen bestimmt werden müssen; ganz abgesehen von der schon früher festgestellten Möglichkeit einer unmittelbaren Erfassung der Untertanen durch die Bundesordnung, sofern dies durch die Bundesverfassung vorgesehen ist. Doch ist selbst für den Fall, als alle Normsetzung durch die Bundesorgane kraft der Bundesverfassung nur mittelbar erfolgen kann, die Einheit des Bundesgebietes und somit ein von den Einzelstaatsgebieten verschiedenes, keine bloße Summe aller Einzelstaatsgebiete darstellendes Gebiet des Bundes im räumlichen Geltungsbereich der Bundesverfassung und der auf Grund der Bundesverfassung gesetzten Teilordnung des Bundes gegeben. Auch dann, wenn die Normen dieser Ordnung, um für die Untertanen zu gelten, noch eines von Einzelstaatsorganen zu setzenden Zwischenaktes bedürfen, ist ihr räumlicher Geltungsbereich das ganze Bundesgebiet. Denn sie gelten schon vor Erlassung dieses Aktes; und wenn auch ihr personaler Geltungsbereich durch diese Akte erweitert wird, so muß sich doch ihr räumlicher Geltungsbereich über das ganze Bundesgebiet erstrecken, da sie ja sonst auch nicht Organe aller Einzelstaaten verpflichten könnten. Eine andere Bedeutung als die eines räumlichen Geltungsbereiches von Normen hat aber der Begriff des Staatengebietes nicht. Man kann und muß daher in durchaus dem gleichen Sinne beim Staatenbund wie beim Bundesstaat von einem Bundesgebiet neben den Gebieten der verbundenen Staaten sprechen; und tut es ja auch.

Änderungen des Bundesgebietes, die zugleich Änderungen des Gebietes eines der Glieder sind — Gebietsverlust oder Gebietsgewinn eines der verbundenen Staaten gegenüber außerhalb des Bundes stehenden Staaten — können im Staatenbund wie im Bundesstaat in der Regel nicht ohne Mitwirkung des Bundes erfolgen. Auf Verschiebungen des Staatsgebietes innerhalb des Bundes muß — zumindest im Staatenbunde — dem Bunde keinerlei Einfluß eingeräumt sein; doch ist eine solche Ausschaltung des Bundes auch im Bundesstaate nicht ausgeschlossen. Änderung des Bundesgebietes durch Neuaufnahme eines Gliedes erfolgt in beiden Staatenverbindungen nur durch einen Akt des Bundes.

Sofern unter Staatsbürgerschaft ein bestimmtes Rechtsinstitut zu verstehen ist, das keine andere Bedeutung hat, als die Voraussetzung für gewisse Rechte und Pflichten zu sein, so zwar, daß nur Staatsbürgern die politischen Rechte, das Aufenthaltsrecht, das Recht auf diplomatischen Schutz zusteht und daß nur sie die Wehrpflicht trifft, so ist es durchaus richtig, daß die Teilordnung des Bundes im Staatenbund in der Regel ein solches Rechtsinstitut nicht aufweist, während im Bundesstaat meist eine spezifische Bundesbürgerschaft statuiert ist. Im Staatenbund bedarf es einer besonderen Bundesbürgerschaft darum nicht, weil es hier politische Rechte der Untertanen — derentwegen das Institut der Staatsbürgerschaft vor allem geschaffen wird — nicht gibt. Die Berufung der Organe des Bundes — die den Inhalt der politischen Rechte bilden könnte — erfolgt im Staatenbund in der Regel nicht durch Kreationsakte der Untertanen, worauf später noch

zurückzukommen sein wird. Doch kann die hieraus sich ergebende Differenz zwischen Staatenbund und Bundesstaat nicht — wie üblich — in der Weise gedeutet werden, daß man den Mangel einer besonderen Bundesbürgerschaft als Symptom für den mangelnden Staatscharakter des Bundes auffaßt. Denn die Staatsbürgerschaft ist — wie bereits dargetan wurde (vgl. S. 159f.) — kein dem Staate irgendwie wesentliches Element.

Zwischen den beiden im Bundesstaat zu unterscheidenden Staatsbürgerschaften, der Bundesbürgerschaft und der Gliedstaatsbürgerschaft, muß nicht notwendig ein Zusammenhang bestehen. Es wäre denkbar, daß Erwerb und Verlust beider ganz unabhängig voneinander geregelt sind, so daß nicht notwendig jeder Gliedstaatsbürger zugleich Bundesbürger sein muß und umgekehrt. Doch ist ein inniger Konnex zwischen beiden die Regel; und zwar meist in der Weise, daß die Gliedstaatsbürgerschaft die Bundesbürgerschaft zur Folge hat. Doch könnte es — denkbarerweise — auch umgekehrt sein, wenn dies auch positivrechtlich bisher kaum der Fall war. Die Möglichkeit — wenn auch nur ausnahmsweise — die Bundesbürgerschaft ohne zugleich die Gliedstaatsbürgerschaft zu verlieren oder zu erwerben, Bundesbürger zu sein, ohne Bürger eines Gliedstaates zu sein, war jedoch auch bisher positivrechtlich in manchen Bundesstaaten nicht ausgeschlossen.

4. Finanz-, Militärwesen und auswärtige Angelegenheiten. Wenn der Bund durch seine Gesetze die Untertanen nicht unmittelbar verpflichten und insbesondere nicht oder nur ausnahmsweise durch seine unmittelbaren Organe Zwangsakte gegen die Untertanen setzen kann, liegt es nahe, daß er die zur Deckung seiner Ausgaben erforderlichen Einnahmen nicht durch die Untertanen verpflichtende Abgabengesetze sicherstellt, deren Geltung für die Abgabenträger von der Kundmachung der verbundenen Einzelstaaten abhängt und deren zwangsweise Durchsetzung nur durch Organe der Einzelstaaten erfolgen kann. Der finanzielle Bedarf des Bundes wird daher in der Regel durch sog. Matrikularbeiträge gedeckt, feste Summen, zu deren Leistung die Regierungen der Einzelstaaten im Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet sind, sei es, daß das Maß dieser Leistung von vornherein für alle Glieder verfassungsmäßig festgelegt ist, sei es, daß nur ein Verfahren bestimmt ist, nach dem fallweise oder für bestimmte Perioden die Matrikularbeiträge aufgeteilt werden. Wie sich die Regierungen der Einzelstaaten die zu leistenden Geldmittel ihrerseits von ihren Untertanen beschaffen, ist ausschließlich Sache der einzelstaatlichen Rechtsordnung. Dies ist die für den S t a a t e n b u n d typische Regelung. Im B u n d e s s t a a t bieten sich günstigere rechtstechnische Möglichkeiten für eine unmittelbare finanzielle Inanspruchnahme der Untertanen für den Bund: unmittelbare Steuergesetze und eigene Bundesorgane zur Eintreibung. Für diesen Fall bedarf es dann einer entsprechenden Aufteilung der Steuerquellen zwischen dem Oberstaat und den Gliedstaaten. Doch ist auch im Bundesstaate das System der Matrikularbeiträge nicht ganz ausgeschlossen. Manchmal findet sich hier auch eine Art Umkehrung des Prinzips der Matrikularbeiträge: Die Gliedstaaten erhalten Zuwendungen aus den Mitteln des Bundes, wenn die ihnen überlassenen Einnahmequellen zu schwach sind, um ihre Ausgaben zu decken.

In ähnlicher Weise unterscheidet sich die militärische Organisation des Staatenbundes von der des Bundesstaates. H i e r ein eigenes Bundesheer, aufgestellt auf Grund eines Wehrgesetzes des Bundes, durch das eine unmittelbare — sei es allgemeine, sei es durch Dienstvertrag begründete — Wehrpflicht der Untertanen statuiert wird; wobei die Gliedstaaten überhaupt kein Heer, weil überhaupt keine Kompetenz auf dem Gebiete des Militärwesens, oder nur ein ziffernmäßig beschränktes und nur zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Innern bestimmtes Heer haben. D o r t nur Heere der Einzelstaaten, die bloß für den Kriegsfall verpflichtet sind, bestimmte, durch die Verfassung festgesetzte Heereskontingente zu stellen. Lediglich der Oberbefehl ist unmittelbare Bundesfunktion: die Bestimmungen

über die Berufung des Oberbefehlshabers Bestandteil der Bundesverfassung. Doch gibt es auch Bundesstaatsverfassungen mit Kontingent- oder einem diesem ähnlichen System. Übergänge ergeben sich daraus, daß die Gliedstaaten für den Kriegsfall ihr ganzes Heer und nicht bloß Teile desselben, bzw. ihre ganze Wehrkraft dem Bund zur Verfügung stellen müssen, so daß die gesamte Kompetenz auf militärischem Gebiete für den Kriegsfall auf den Oberstaat übergeht u. ä.

Ob Aufteilung der Militärkompetenz zwischen Bund und Gliedern oder ausschließliche Militärkompetenz des Bundes, hängt aufs innigste mit der Kompetenzregelung auf dem Gebiete der auswärtigen Angelegenheiten zusammen. Dem Typus des Bundesstaates entspricht die ausschließliche Kompetenz des Bundes in auswärtigen Angelegenheiten, demgemäß die Unmöglichkeit eines Gliedstaates, selbständig und als solcher Krieg mit einem nicht dem Bunde angehörigen Staate zu führen. Krieg zwischen Gliedern des Bundes ist gänzlich ausgeschlossen. Beim Staatenbund ist dem Bunde in der Regel eine Kompetenz auf dem Gebiete der auswärtigen Angelegenheiten nur in Konkurrenz mit der weiterbestehenden Kompetenz der Einzelstaaten und somit nur in bezug auf die Zwecke des Bundes übertragen. Krieg der Einzelstaaten untereinander ist hier in der Regel, mit außerhalb des Bundes stehenden Mächten jedoch meist nicht ausgeschlossen, wenn auch an gewisse Schranken gebunden. Demgemäß sind hier sowohl der Bund als auch die Einzelstaaten bei den anderen Staaten diplomatisch vertreten, und umgekehrt sind diese sowohl beim Bund als auch bei den Einzelstaaten vertreten. Doch behalten gelegentlich auch im Bundesstaat die Gliedstaaten gewisse Reste einer Kompetenz in auswärtigen Angelegenheiten, so das Gesandtschaftsrecht und das Recht, auf dem Gebiete der ihnen überlassenen Angelegenheiten mit anderen Staaten Verträge abzuschließen.

D. Organe und Methoden der Normerzeugung.

In der Tatsache, daß die Setzung der zentralen Normen im Staatenbund vorwiegend nicht mit unmittelbarer Geltung für die Untertanen erfolgt und in den anderen damit mehr oder weniger zusammenhängenden Symptomen staatenbündischer Organisation drückt sich der höhere Grad von Dezentralisation aus, durch den sich diese Staatenverbindung von jener des Bundesstaates unterscheidet. Die Differenzierung der beiden Typen zeigt sich aber auch in der Berufung und Zusammensetzung der mit der Erzeugung der zentralen Normen betrauten Organe und in der Erzeugungsmethode dieser Normen.

1. Die Gesetzgebungsorgane. Das Gesetzgebungsorgan des Bundes ist im Staatenbunde in der Regel ein Kollegium, gebildet aus Vertretern der verbundenen Staaten, d. h. aus Menschen, deren Bestimmung durch die einzelstaatlichen Rechtsordnungen erfolgt. Dabei kann es sich um Organträger handeln, die mit der Funktion als Glied des Bundesgesetzgebungsorgans in Personalunion noch eine Funktion als Organ des Einzelstaates verbinden, in der Weise etwa, daß ein bestimmter Minister des Einzelstaates zugleich als Delegierter im Gesetzgebungsorgan des Bundes zu fungieren hat. Charakteristisch für den staatenbündischen Typus ist, daß die Berufung dieses Teilorgans des Bundes nicht unmittelbar durch das Volk des Einzelstaates, sondern — sofern überhaupt ein besonderer Kreationsakt erforderlich — durch Ernennung von seiten des Staatsoberhauptes oder der Regierung, evtl. durch Wahl von seiten des Parlamentes (bei republikanisch-demokratischer Verfassung des Einzelstaates) erfolgt. Wenn das so berufene Teilorgan des mit der Gesetzgebung des Bundes betrauten Kollegiums als „Vertreter" oder „Repräsentant" desjenigen Staates bezeichnet wird, nach dessen Ordnung der Organträger bestimmt wird, so soll damit nur die Chance ausgedrückt werden, daß dieser im Sinne der ihn wählenden Parlamentsmajorität oder der ihn entsendenden Regierung, grundsätzlich nach deren Interessen orientiert, seine Teilfunktion bei der Gesetzgebung des Bundes versehen werde. Also zunächst nur eine außerrechtliche Tatsache. Doch kann die Abhän-

gigkeit des kreierten von dem Kreationsorgan auch verfassungsmäßig, etwa durch Bindung an Instruktionen, Möglichkeit jederzeitiger Abberufung usw. durch die Verfassung der Einzelstaaten normiert sein. Die Verfassung des Bundes steht dem zunächst nicht im Wege. In diesem Sinne kann von einem Einfluß die Rede sein, den die verbundenen Einzelstaaten auf die Bildung des Bundeswillens ausüben.

Auf die Willensbildung im kollegialen Gesetzgebungsorgan des Bundes hat jeder verbundene Staat — wenigstens grundsätzlich — den gleichen Einfluß, indem jeder Staat entweder die gleiche Zahl von Vertretern entsendet oder — ohne Rücksicht auf die Zahl der von ihm entsendeten Delegierten — die gleiche Zahl von Stimmen hat. Diese Gleichheit entspricht dem Gedanken der in der Völkerrechtsgemeinschaft einander gleichgeordneten Staaten. Indes steht nichts im Wege, durch die — vertragsmäßig oder anders entstandene — Bundesverfassung das Ausmaß des jedem Einzelstaat auf die Bildung des Bundeswillens eingeräumten Einflusses nach irgendwelchen Gesichtspunkten zu differenzieren. Tatsächlich weisen auch die Bundesverfassungen mitunter derartige Einschränkungen des Gleichheitsprinzipes zugunsten der größeren, politisch mächtigeren Staaten auf; etwa in der Weise, daß zur Beschlußfassung über gewisse Angelegenheiten alle Glieder die gleiche Zahl von Stimmen, über andere dagegen eine der Größe und Bedeutung der Einzelstaaten, mehr oder weniger entsprechend, verschiedene Zahl von Stimmen haben.

Die Beschlußfassung im Gesetzgebungsorgan des Staatenbundes hat mit Stimmeneinhelligkeit in der Regel nur insoweit zu erfolgen, als es sich um Abänderung der Bundesverfassung oder um einzelne, die Interessen der verbundenen Staaten ganz besonders berührende Angelegenheiten handelt. Im übrigen ist das Majoritätsprinzip für die Willensbildung bestimmend. Doch ist nicht ausgeschlossen, daß auch Verfassungsänderungen durch einen Beschluß der Mehrheit, evtl. einer qualifizierten — Zweidrittel- oder Dreiviertel-Mehrheit — herbeigeführt werden können. Doch liegt darin schon eine gewisse Annäherung an den Typus des Bundesstaates. Verbindet sich ungleichmäßige Vertretung der Glieder mit dem Majoritätsprinzip, so ist die Möglichkeit gegeben, daß einer der verbundenen Einzelstaaten, sei es allein, sei es mit Unterstützung einer Minderheit der anderen, die Mehrheit der verbundenen Staaten bei der Bildung des Bundeswillens überstimmt. Dann droht die Staatenverbindung den paritätischen Charakter — wenigstens im materiellen Sinne — und damit ein gewichtiges Merkmal des staatenbündischen Typus zu verlieren.

Der Bundesstaat weist in bezug auf die zentrale Normsetzung eine organisationstechnische Eigenart auf, die ihn besonders deutlich vom Typus des Staatenbundes unterscheidet. Das Gesetzgebungsorgan besteht aus zwei Kollegien, von denen das eine ganz ähnlich gebildet ist wie das Gesetzgebungsorgan des Staatenbundes und als Staatenhaus oder Länderkammer bezeichnet wird, weil ihm die Repräsentanz der Gliedstaaten als solcher obliegt; während das andere — so wie das Parlament eines Einheitsstaates — durch unmittelbare Wahl des gesamten Bundesvolkes gewählt wird; es wird im Gegensatz zur Länder- oder Staatenkammer als Volkskammer bezeichnet. Für die Beschlußfassung ist ausschließlich das Majoritätsprinzip maßgebend; und da auch — bei gleichmäßiger Verteilung der Abgeordnetenmandate auf das Bundesgebiet — der Einfluß des Staatsvolks (d. i. der Wahlberechtigten) jedes Gliedstaates auf die Zusammensetzung der Volkskammer der Volkszahl entsprechen muß, treten die individuellen Interessen der Glieder bei der Bildung des Bundeswillens — soweit sie sich in der Volkskammer vollzieht — zurück. Aber auch die Zusammensetzung des sog. Staatenhauses zeigt im Bundesstaate eine viel stärkere Tendenz nach Berücksichtigung der verschiedenen Größe der Glieder als im Staatenbund. Einzelne Bundesstaatsverfassungen, insbesondere

die älteren und aus Staatenbünden entstandenen, halten zwar streng an dem Prinzip gleichmäßiger Vertretung fest. Aber in den neueren hat sich der Grundsatz einer mehr oder weniger der Volkszahl der Gliedstaaten proportionalen Vertretung in der Länderkammer durchgesetzt. Bei voller Durchführung dieses Grundsatzes bestünde der Unterschied zwischen Volks- und Länderkammer nur darin, daß die Mitglieder der ersteren unmittelbar vom Volke, die der letzteren von den Gliedstaatsparlamenten gewählt oder von den Gliedstaatsregierungen berufen sind; womit freilich der ursprüngliche Sinn dieser Länderkammer verloren geht. Für die Beschlußfassung in ihr ist ausschließlich das Majoritätsprinzip bestimmend. Die rechtliche Möglichkeit, die Tätigkeit der Mitglieder der Länderkammer an den Willen der sie berufenden Gliedstaatsorgane zu binden, kann — speziell wenn sie von den Gliedstaatsparlamenten gewählt werden — fehlen. Der Unterschied zum Staatenbund kann dadurch noch verstärkt werden, daß die Länderkammer im Gesetzgebungsprozeß keine der Volkskammer gleichberechtigte Stellung erhält, indem ein Bundesgesetz nicht — wie bei den älteren Bundesstaaten — notwendig des übereinstimmenden Beschlusses der Volks- wie der Länderkammer bedarf, die letztere vielmehr nur das Recht hat, gegen die Beschlüsse der ersteren oder gar nur gegen gewisse Beschlüsse ein suspensives Veto einzulegen; das wirkungslos wird, sobald die Volkskammer ihren Beschluß — sei es mit einfacher, sei es mit qualifizierter Mehrheit — wiederholt.

Änderungen der Bundesverfassung sind im Bundesstaat — ebenso wie im Staatenbund — von besonderer Bedeutung für die Gliedstaaten, deren ganze Existenz ja bei der der Bundesgesetzgebung zustehenden Kompetenzhoheit durch eine die Kompetenzgrenze verschiebende Verfassungsänderung in Frage gestellt werden kann. Nichtsdestoweniger vollzieht sich die Verfassungsänderung im Bundesstaat grundsätzlich in den Formen der Bundesgesetzgebung. Mitunter ist sogar einfaches Gesetz zur Verfassungsänderung hinreichend. In der Regel sind jedoch wesentlich erschwerende Bedingungen der Verfassungsgesetzgebung des Bundes vorgeschrieben. Von den allgemeinen, für Verfassungsänderungen auch der Einheitsstaaten in Betracht kommenden Formen, die sich auch bei Bundesstaaten finden und hier auf denselben rechtspolitischen Erwägungen beruhen (vgl. S. 252), kann in diesem Zusammenhange abgesehen werden. Wesentlich sind hier nur jene Institutionen, in denen sich der besondere Einfluß der Glieder auf die Änderung der Bundesverfassung zeigt. Während im Staatenbund — wie bereits früher bemerkt — durch die für den verfassungändernden Beschluß in der Regel vorgeschriebene Einstimmigkeit jede Verfassungsänderung an die Zustimmung aller Einzelstaaten (bzw. ihrer Vertreter im Gesetzgebungsorgan des Bundes) gebunden ist, beschränkt sich der Einfluß der Glieder im Bundesstaate meist darauf, daß dem Staatenhause bei Verfassungsänderungen erhöhte Bedeutung zukommt, indem das Zustandekommen des der Verfassungsänderung zustimmenden Beschlusses in diesem Kollegium an besonders erschwerende Bedingungen geknüpft ist. Selbst wenn das Staatenhaus im allgemeinen nur das Recht eines suspensiven Vetos hat, so kann ihm für Verfassungsänderungen im allgemeinen oder doch für gewisse, die eigene Stellung des Staatenhauses betreffende Verfassungsänderungen das Recht der Zustimmung eingeräumt sein. Eine unmittelbare Beteiligung der Einzelstaaten an dem Verfahren der Änderung der Bundesverfassung ist jedoch im allgemeinen ausgeschlossen. Nur wenn einzelnen der verbundenen Staaten, sei es durch die Bundesverfassung oder durch speziellen anläßlich der Bundesgründung geschlossenen Vertrag von der allgemeinen Organisationsnorm abweichende Sonderrechte eingeräumt sind, dann kann zu einer diese Sonderrechte berührenden Verfassungsänderung die Zustimmung der bevorrechteten Einzelstaaten gefordert sein.

Faßt man all das zusammen, was über die Organisation und die Erzeugungsmethoden des Bundeswillens im Bundesstaate gesagt wurde, dann ergibt sich, daß

im Bundesstaate in einem viel höheren Maße als im Staatenbunde der — in der Bundesgesetzgebung sich äußernde — Wille des Bundes in einen Gegensatz zu den Interessen der Glieder (genauer: der von der Parlamentsmajorität oder Regierung der Gliedstaaten repräsentierten Interessen) geraten kann. Denn im Staatenbunde wird die Bildung des Bundeswillens viel intensiver von dem Interesse der Glieder (in dem oben bezeichneten Sinne) bestimmt, als im Bundesstaate. Gerade dieses Moment spielt bei der Differenzierung der beiden Typen eine besondere Rolle. Erwähnt sei auch hier die schon in anderem Zusammenhange berührte Tatsache, daß bei wesentlich ungleichmäßiger Vertretung der Gliedstaaten im Staatenhaus der Einfluß eines oder einzelner Glieder auf die Bildung des Bundeswillens überwiegen kann, so daß in der Form des Bundesstaates eine Art Hegemonie eines Staates über die anderen Platz greift.

2. Die Vollzugsorgane. Die Organisation der Vollziehung des Bundes ist im Staatenbunde wenig entwickelt. Das Gesetzgebungsorgan des Bundes ist zugleich oberstes Vollzugsorgan, eventuell wird ein kleinerer Ausschuß als Exekutivkollegium gewählt. Auch werden mitunter für spezielle Aufgaben besondere Bundesvollzugsorgane bestellt: so ein Bundesfeldherr für den Kriegsfall, Bundesgerichte zur Entscheidung von Streitfällen zwischen den Gliedern u. ä. Im übrigen erfolgt die Vollziehung der Bundesgesetze durch die Organe der verbundenen Einzelstaaten und zwar der Regel nach auch in letzter Instanz. Es gibt insbesondere keine administrativen Zentralbehörden des Bundes, kein Bundesministerium, dem die Einzelstaatsorgane bei Ausführung der Bundesgesetze unterstellt wären, von denen der Instanzenzug an jene ginge. Im Bundesstaate dagegen stehen neben dem Gesetzgebungsorgan — von ihm deutlich getrennt — Vollziehungsorgane des Bundes. Vor allem zentrale Verwaltungsbehörden, eine Regierung so wie in einem Einheitsstaate, sei es mit, sei es ohne ein besonderes Staatsoberhaupt (Bundespräsident). Die Gliedstaaten können — müssen aber nicht — ihre eigenen Staatsoberhäupter haben (vgl. S. 304ff). Die Zentralregierung des Bundes kann nach dem Kollegial- oder nach dem Ministerialsystem organisiert sein. In letzterem Falle stehen in der Regel an der Spitze jedes in die Kompetenz des Bundes fallenden Ressorts dem Bundesparlament verantwortliche Bundesminister. Neben den Zentralbehörden kann der Bund auch eigene Lokalbehörden haben, deren territoriale Geltungsbereiche mit den Gebieten der Gliedstaaten zusammenfallen können, aber hinsichtlich der Vollziehung des Bundes nur den Charakter von Verwaltungsprovinzen haben. Sie können wieder in administrative Teilgebiete unter der Verwaltung niederer Bundesorgane gegliedert werden. So steht dann neben dem Verwaltungsapparat der Gliedstaaten in jedem Lande der Verwaltungsapparat des Bundes. Doch kann der eigene Verwaltungsapparat des Bundes auf die Zentralorgane beschränkt sein, und die Lokalverwaltung niederer Instanzen von den Verwaltungsorganen der Gliedstaaten — im übertragenen Wirkungskreis — geführt werden. Man kann in einem solchen Falle auch von einer bloß mittelbaren — und nicht wie im ersteren von einer unmittelbaren — Bundesverwaltung sprechen. Daß es sich dabei um Bundes-, und nicht um Landes- (Gliedstaats-)Verwaltungsakte handelt, drückt sich darin aus, daß der Instanzenzug in diesen Angelegenheiten grundsätzlich bis zu den Bundeszentralbehörden geht, und daß diese gegenüber den mit der mittelbaren Bundesverwaltung betrauten Gliedstaatsorganen ein Aufsichtsrecht haben, das sowohl die Befugnis der Weisung wie der amtswegigen Aufhebung rechtswidriger Akte in sich schließen kann. Daß die in der Mittel- und Unterinstanz funktionierenden Organe nur als „mittelbare" Bundesorgane bezeichnet werden, hat seinen Grund darin, daß die Organträger auch als Gliedstaatsorgane fungieren und als solche nach Normen der gliedstaatlichen Ordnung berufen werden, sohin insbesondere nicht von den Bundeszentralen ernannt oder vom Bundesvolk (oder einem Teile desselben) als solchen gewählt werden. Das Aufsichtsrecht kann der Bundesregie-

rung auch nur gegenüber den obersten Verwaltungsorganen der Gliedstaaten, den Gliedstaatsregierungen, bzw. nur einem einzigen, für die mittelbare Bundesverwaltung verantwortlichen Mitglied der Gliedstaatsregierung zustehen; so daß unmittelbarer Zugriff auf die der Gliedstaatsregierung untergeordneten Gliedstaatsorgane der Bundesregierung nicht möglich ist, diese sich vielmehr stets nur an die Gliedstaatsregierung oder an das für die mittelbare Bundesverwaltung verantwortliche Mitglied derselben halten kann. Die grundsätzliche Unterstellung des Verwaltungsapparates der Gliedstaaten unter die Bundesregierung bei bloß mittelbarer Bundesverwaltung ist rechtstechnisch wirksam nur unter der Voraussetzung zu erzielen, daß der Bundesregierung gegenüber Verantwortlichkeit der Organe der mittelbaren Bundesverwaltung für die Rechtmäßigkeit ihrer Verwaltung besteht. Das System der mittelbaren Bundesverwaltung kann mit dem der unmittelbaren (durch eigene Bundesorgane geführten) in der Weise verbunden werden, daß für einen Teil der Bundeskompetenz dieses, für den anderen jenes akzeptiert wird. Das Interesse der Gliedstaaten spricht mehr für das System der mittelbaren, das des Bundes mehr für das System der unmittelbaren Bundesverwaltung.

In die Kompetenz der Vollziehung des Bundes kann nach der Verfassung des Bundesstaates auch die Gerichtsbarkeit gehören; sei es die ganze Zivil- und Strafgerichtsbarkeit, sei es nur eine von beiden oder jede von beiden nur teilweise. Die Gerichtsbarkeit des Bundes kann sich auch nur auf die oberste Instanz beschränken, indem das Verfahren der gliedstaatlichen Gerichte in einem obersten Bundesgericht mündet. Nicht ausgeschlossen ist auch, daß ein zentrales Verwaltungsgericht des Bundes die Rechtskontrolle nicht nur über die Verwaltung des Bundes, sondern auch der Gliedstaaten führt. Doch ist dies schon ein Grad von Zentralisation, der beinahe die Grenzen des bundesstaatlichen Typus überschreitet; zumal wenn dem zentralen Bundesverwaltungsgericht nicht nur Kassation des rechtswidrigen Verwaltungsaktes — der Bundes- oder einer Gliedstaatsbehörde — sondern auch Reformation zusteht.

Im Staatenbund ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes eine viel weitere als seine Vollziehungskompetenz. Im Bundesstaat decken sich beide Kreise, wenigstens der Regel nach, so daß die Vollziehung des Bundes Vollziehung von Bundesgesetzen ist; doch kann es vorkommen, daß die Gesetzgebungskompetenz des Bundes weiter reicht als seine Vollziehungskompetenz, so daß die Gliedstaaten im selbständigen Wirkungsbereich — also ohne dabei mittelbare Bundesakte zu setzen — Bundesgesetze zu vollziehen haben. Sofern es sich dabei um Verwaltung handelt, besteht in solchen Angelegenheiten weder ein Aufsichtsrecht der Bundeszentralbehörden, noch führt ein Instanzenzug zu ihnen. Die Bundesgesetzmäßigkeit solcher Vollziehung zu garantieren, ist dann ein rechtstechnisches Problem, dessen Lösung auf gewisse Schwierigkeiten stößt. In einem zentralen Verwaltungsgericht bietet sich ein Mittel. Sofern auf dessen Zusammensetzung den Gliedstaaten ein gewisser Einfluß eingeräumt wird, kann dem Einwand zu starker Zentralisation begegnet werden. Auch der umgekehrte Fall ist möglich, daß dem Bunde die Vollziehung hinsichtlich von Materien zusteht, deren gesetzliche Regelung in die Kompetenz der Gliedstaaten fällt, so daß der Bund Gliedstaatsgesetze zu vollziehen hat.

E. Verhältnis zwischen dem Recht des Bundes und der verbundenen Glieder.

(Reichsrecht bricht Landrecht, Nullifikationsrecht).

Für das Verhältnis zwischen dem Recht des Bundes und dem Recht der verbundenen Staaten ist der Fall eines rechtswidrigen und sohin das Recht des Einzel- bzw. Gliedstaates mittelbar oder unmittelbar verletzenden Aktes des Bundes von Bedeutung. Das kompetenzwidrige Bundesgesetz stellt den Hauptfall dar. Während

für den Bundesstaat der Grundsatz behauptet wird, daß das Recht des Bundes unter allen Umständen dem Recht der Gliedstaaten vorgehe — Reichsrecht bricht Landrecht — wird für den Staatenbund die Befugnis jedes Einzelstaates angenommen, rechtswidrige Akte des Bundes für nichtig zu erklären und ihnen aus diesem Grunde den Gehorsam zu verweigern. Es ist dies das sog. Nullifikationsrecht. Es stellt sich als ein Spezialfall des in anderem Zusammenhange zu behandelnden Rechtes der Prüfung der Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm dar (vgl. S. 285ff). Es ist mangels einer positivrechtlichen Einschränkung gegeben. Findet sich daher in der Bundesverfassung keine Einschränkung dieser Möglichkeit, die von den Bundesorganen gesetzten — generellen oder individuellen — Normen auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen, so kann sie den zur Vollziehung berufenen Organen der Einzelstaaten nicht abgesprochen werden. Es ist dann der Einzelstaat berufen, letztinstanzlich über die Rechtmäßigkeit der von ihm zu vollziehenden Norm zu entscheiden und sie — allerdings nur soweit sie für ihn Geltung beansprucht und nicht allgemein — zu kassieren. Ist jedoch für den Fall des Ungehorsams in der Bundesverfassung eine Bundesexekution vorgesehen, dann muß wohl als Sinn einer solchen Bestimmung angenommen werden, daß nicht der Einzelstaat, sondern das mit der Exekution betraute Organ — sofern nicht etwa ein von diesem verschiedenes Gericht dazu berufen ist — die letztinstanzliche Entscheidung darüber haben soll, ob die Norm, deren Rechtmäßigkeit der zur Befolgung verpflichtete Einzelstaat leugnet und der er den Gehorsam verweigert, rechtmäßig sei oder nicht. Ein Nullifikationsrecht des Einzelstaates kann dann nicht behauptet werden. Am allerwenigsten kann man es — wie das meist geschieht — aus der Souveränität des Einzelstaates ableiten.

Der für den Bundesstaat als charakteristisch angenommene, auch in manchen Bundesstaatsverfassungen ausdrücklich normierte Grundsatz: Reichsrecht bricht Landrecht, hat praktische Bedeutung nur, sofern er als eine an alle rechtsanwendenden Organe gerichtete Anweisung zu verstehen ist, im Falle eines Widerspruchs zwischen einer bundesrechtlichen und einer gliedstaatlichen Norm die letztere als nichtig zu behandeln und nur die erstere — gleichgültig ob sie der letzteren zeitlich vorangeht oder nachfolgt — als gültig anzuwenden. Der Grundsatz könnte eingeschränkt sein auf Gesetzesrecht oder auf die Anwendung durch Gerichte, die dann die Bundesgesetzmäßigkeit der Gliedstaatsgesetze zu prüfen berechtigt sein müssen, damit der Grundsatz hier wirksam werde. Da ein Konflikt zwischen einer bundesrechtlichen und einer gliedstaatlichen Norm nur möglich ist, wenn sich beide auf denselben Gegenstand beziehen, muß in einem solchen Falle eine der beiden Normen kompetenzwidrig sein. Der Grundsatz „Reichsrecht bricht Landrecht“ bedeutet somit, daß die bundesrechtliche Norm, auch wenn sie kompetenzwidrig ist, Geltung haben solle. Auf Gesetze angewendet, hätte dies zur Folge, daß selbst wenn die Abänderung der Bundesverfassung an erschwerende Bedingungen geknüpft ist, dennoch ein einfaches Bundesgesetz die Kompetenz des Bundes erweitern, die der Gliedstaaten verengen kann. Was freilich mehr als problematisch ist. Noch bedenklicher sind die Konsequenzen, die eine Anwendung dieses Grundsatzes auf individuelle Normen ergibt. Die ganze verfassungsmäßige Kompetenzaufteilung zwischen Bundes- und Gliedstaaten wird durch diesen Satz in Frage gestellt. Würde man ihn aber dahin deuten, daß nur verfassungsmäßiges Bundesrecht dem verfassungswidrigen Landrecht vorgehe, so würde er jeden Sinn verlieren, da ja dann auch der umgekehrte Satz gelten müßte, daß verfassungsmäßiges Landrecht dem verfassungswidrigen Bundesrecht vorgehe.

Wenn die Aufteilung der Kompetenzen zwischen dem Bund und den Gliedstaaten einen wesentlichen Bestandteil der Bundesverfassung bildet, deren Abänderung — was für den Bundesstaat besonders charakteristisch — eben darum nicht im Wege einfacher Gesetzgebung erfolgt, weil in dieser Kompetenzgrenze eine Garantie für die Existenz der Gliedstaaten liegt, dann kann der diese Grenze schlecht-

hin negierende Grundsatz „Reichsrecht bricht Landrecht" nicht — wie dies freilich ganz allgemein geschieht — als der Idee des Bundesstaates entsprechend angesehen werden. Ihn aus der Souveränität des Bundes oder aus seiner Kompetenzhoheit abzuleiten, ist gleichfalls verfehlt. Die Kompetenzhoheit des Bundes besteht darin, daß die die Kompetenzgrenze betreffenden Bestimmungen der Bundesverfassung durch ein Bundes**verfassungs**gesetz geändert werden können. Nur wo zwischen Bundesverfassungs- und einfacher Bundesgesetzgebung kein Unterschied besteht, kann die verfassungsmäßige Kompetenzverteilung durch einfaches Gesetz — niemals aber ohne ausdrückliche positivrechtliche Bestimmung durch Verordnung oder individuelle Norm — zugunsten des Bundes geändert werden. Es tut daher weder der Souveränität noch der Kompetenzhoheit des Bundes irgend einen Abbruch, wenn der Grundsatz „Reichsrecht bricht Landrecht" in die Bundesverfassung nicht mehr aufgenommen wird, die Bundesverfassung dagegen Garantien dafür erhält, daß ebenso wie verfassungs- und speziell kompetenzwidrige Landesgesetze so auch verfassungs-, bzw. kompetenzwidrige Bundesgesetze vernichtet werden. Das kann in der Weise geschehen, daß allen Gerichten, wenn nicht gar allen Behörden, das Recht der Prüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit eingeräumt wird, oder in der Weise, daß nur ein einziges Gericht — als Verfassungsgericht — auf Antrag bestimmter Stellen oder auch von Amtswegen die Verfassungsmäßigkeit von Bundes- wie von Gliedstaatsgesetzen zu prüfen und verfassungswidrige Gesetze aufzuheben hat. Ist den anderen Gerichten und sonstigen gesetzanwendenden Organen die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze entzogen, dann haben diese nach dem Grundsatz der lex posterior das jüngere Gesetz — gleichgültig ob es Bundes- oder Gliedstaatsgesetz ist — anzuwenden. Soweit sie jedoch das Prüfungsrecht haben, sind sie verbunden, einem verfassungswidrigen Gesetz — sei es nun ein Bundes- oder Gliedstaatsgesetz — die Anwendung auf den konkreten Fall zu versagen. Eine generelle Aufhebung kann wohl nur einem zentralen Verfassungsgericht übertragen werden. Daß kompetenz- und daher gesetzwidrige Individualnormen des Bundes ebenso wenig wie solche eines Gliedstaats geduldet werden und daß daher verfassungsmäßige Garantien für ihre Vernichtung bestehen sollen und auch in der Regel bestehen, versteht sich von selbst.

F. Auflösung des Bundes (Sezessionsrecht).

Einer überaus verbreiteten Anschauung zufolge soll ein wesentlicher Unterschied zwischen Staatenbund und Bundesstaat darin bestehen, daß jener mit Zustimmung aller Glieder **aufgelöst** werden, während dieser niemals durch den Willen seiner Glieder rechtlich beendet werden könne. Im Zusammenhang damit steht die Lehre, daß im Staatenbunde dem Einzelstaate das — unverzichtbare — Recht zustehe, aus dem Bunde **auszuscheiden**, wenn die Mitgliedschaft zu seinen Lebensinteressen in Widerspruch gerät — das sog. Sezessionsrecht, während im Bundesstaat ein derartiges Recht der Gliedstaaten gänzlich ausgeschlossen sei. Beide Behauptungen stellen sich als Deduktionen aus einem spezifischen Begriff des Staatenbundes und Bundesstaates dar und müssen daher — da sie sich auf Rechtsinhalte beziehen — mit der Gestaltung des positiven Rechtes in Widerspruch geraten. Sie gehen von der — schon früher als unhaltbar aufgezeigten — Annahme aus, daß der Staatenbund auf Vertrag beruhe, daher eine völkerrechtliche Verbindung sei, der Bundesstaat dagegen auf Verfassung beruhe, daher eine staatsrechtliche Verbindung sei. Ein Vertrag könne ebenso, wie er entstanden, durch übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden aufgehoben werden, während die Geltung eines Gesetzes von dem Willen der Unterworfenen unabhängig sei. Diese Thesen sind — obgleich heute Gemeingut der Rechtswissenschaft — durchaus unzutreffend. Sie beziehen sich auf die Geltungsdauer, den zeitlichen Geltungsbereich von Rechtsnormen oder Normenkomplexen (Rechtsordnungen), somit auf

den möglichen Inhalt von Rechtsnormen. Eine auf die Geltungsdauer von Rechtsnormen gerichtete Frage kann somit nur aus dem Inhalt der Rechtsnormen, nicht aber aus der Natur der Sache beantwortet werden; letzteres wäre Naturrecht. Und durchaus naturrechtlich ist auch die Annahme, daß die Geltungsdauer einer durch Vertrag gesetzten Norm oder Ordnung a priori gleichsam auch durch Vertrag beendet werden könne. Wie lange die Vertragsordnung zu gelten habe, hat sie selbst oder die den Vertrag als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzende Norm zu bestimmen. Ist auf solche Weise kein Endigungsgrund gesetzt, dann kann ein solcher auch nicht durch die Rechtstheorie produziert werden. Die Behauptung, daß die Unlösbarkeit des Vertrages mit der Souveränität der im Staatenbund verbundenen Staaten unvereinbar sei, ist schon darum ganz hinfällig, weil mit dieser von der herrschenden Lehre vorausgesetzten Souveränität der Einzelstaaten im Staatenbund schon die vertragliche Bindung unvereinbar ist, die nur unter Voraussetzung eines über den Einzelstaaten stehenden Völkerrechtes möglich und ohne die wieder kein Staatenbund möglich ist. Der Lehrsatz, daß eine Vertragsnorm „selbstverständlich" durch Vertrag in ihrer Geltung beendet werden könne — ein Spezialfall des Dogmas vom contrarius actus — entbehrt von einem positivistischen Standpunkt aus jeder Grundlage. Er ist nur insofern haltbar, als man von der Voraussetzung ausgeht, daß die den Vertrag als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzende Norm die vertragschließenden Parteien so wie zur Satzung des Norminhalts überhaupt, auch zur Bestimmung der Geltungsdauer, den Willen der Parteien also als maßgebend delegiert, und daß es der stillschweigenden, nicht ausdrücklich ausgesprochenen, weil als selbstverständlich vorausgesetzten Absicht der Parteien entspricht, daß die Geltung der Vertragsnorm durch Vertrag beendet werde. Das mag in vielen Fällen zutreffen, muß aber stets quaestio factio bleiben. Aus dem Mangel einer die Endigung der Normgeltung betreffenden Bestimmung ist es jedenfalls nicht zu schließen. Der Mangel kann auf die bewußte Absicht zurückgehen, einen ewigen Vertrag zu schließen. Gerade Staatenbundverträge werden meist in der Absicht geschlossen, einen ewigen Bund zu begründen. Diese Absicht drückt sich auch mitunter in der Bundesverfassung aus. Jedenfalls wird ein Staatenbund meist nicht mit der Absicht zeitlich begrenzter Geltung eingegangen. Die Interpretationsregel des mutuus dissensus ist also gerade der Staatenbundverfassung gegenüber mehr als problematisch. Gänzlich ausgeschlossen ist sie, sobald die Verfassung sich selbst als ewig, d. h. als zeitlich nicht beendbar bezeichnet, oder gar einen ausdrücklichen Verzicht der Glieder auf das angebliche Recht enthält, den Bund durch mutuus consensus aufzulösen. Ob die Bestimmungen der Bundesverfassung betreffend ihre Abänderung auch auf ihre gänzliche Aufhebung anwendbar sind, so daß unter denselben Bedingungen, unter denen eine Abänderung, auch die völlige Aufhebung beschlossen werden kann, muß als zweifelhaft bezeichnet werden. Das ist eine Interpretationsfrage, die nach den allgemeinen Grundsätzen der Interpretation zu beantworten ist.

So wie der der üblichen Unterscheidung von Staatenbund und Bundesstaat zugrunde gelegte Gegensatz von Vertrag und Verfassung sich im allgemeinen als unhaltbar erwiesen hat, so ist auch die spezielle Differenzierung, die man in bezug auf die Auflösbarkeit beider Verbindungen abzuleiten sucht, unmöglich. Daß eine Verfassung als Gesetz in ihrer Geltung von dem Willen der Normunterworfenen unabhängig ist, das ist nur in dem Sinne der Objektivität der Geltung richtig und durchaus mit der Tatsache vereinbar, daß der Wille der Normunterworfenen für die Erzeugung und demgemäß auch für die Aufhebung der Norm bestimmend sein kann. Es ist damit ja nur eine besondere Erzeugungsmethode, nämlich die demokratische, charakterisiert. Daß das Gesetz durch Beschluß desselben Volkes erzeugt werde, das dem Gesetz unterworfen ist, und daß demnach auch die Geltungsdauer des Gesetzes durch Volksbeschluß bestimmt werden kann, wird doch

ernstlich niemand bezweifeln. In diesem Punkte besteht zwischen Vertrag und Gesetz nicht der geringste Unterschied, erweist sich der Vertrag ebenso als Gesetz, wie das — etwa einstimmig zu beschließende — Gesetz auch als Vertrag gelten kann. Auch die lex contractus steht in objektiver, d. h. nur durch ihren eigenen Inhalt bestimmten, von dem subjektiv bestimmten Wollen der ihr Unterworfenen unabhängiger Geltung; nur als Inhalt der Vertragsnorm kann dieser Wille der Unterworfenen — die aber in dieser Beziehung eben nicht „Unterworfene" sind — die Geltung der lex contractus bestimmen. Das gleiche trifft auf das Gesetz und die das Gesetz erzeugenden Menschen zu. Aus dem Wesen des Gesetzes folgt in keiner Weise, daß es — als Verfassung — keine Bestimmung über das Ende seiner Geltung aufnehmen könne. Das positive Recht zeigt zahlreiche Fälle zeitlich beschränkt geltender Normen. Auch die Verfassung eines Bundesstaates kann daher eine derartige Bestimmung enthalten, zumal die im Wege völkerrechtlichen Vertrags entstandene Bundesstaatsverfassung. Es könnte etwa die Auflösung des Bundesstaates durch eine unter bestimmten Bedingungen eintretende Verfassungsänderung vorgesehen sein, die alle Kompetenzen auf die Gliedstaaten überträgt, so daß der Bund mit allen seinen Organen rechtlich verschwindet. Zeigt diese Verfassung *sonst* alle Merkmale des bundesstaatlichen Typus, dann wird dieser Typus dadurch nicht aufgehoben, daß diesem Rechtsgebilde nur eine zeitlich beschränkte Existenz zukommt. Daß eine solche Bestimmung in den bisher bekannten Bundesstaatsverfassungen fehlt, kann nicht die Anschauung begründen, daß sie mit dem Wesen der Verfassung schlechthin unvereinbar sei. Hier macht sich die durchaus naturrechtliche Lehre von der Ewigkeit des Staates auf die Theorie des — wesentlich als Staat aufgefaßten — Bundesstaates geltend. (Vgl. S. 148ff.)

Einen Spezialfall der Auflösung des Bundes stellt das sog. *jus secessionis* dar, das nach herrschender Lehre nur den Gliedern eines Staatenbundes, nicht aber eines Bundesstaates zustehen soll. Es wäre denkbar, daß ein solches Recht den Gliedern durch die Bundesverfassung ausdrücklich eingeräumt wird. Dann ist eben ein besonderer Endigungsgrund normiert. Daß solches Austrittsrecht nicht bedingungslos eingeräumt sein kann, da ja sonst der die Pflichten der Glieder statuierende Vertrag sinnlos würde, versteht sich von selbst. Denn er statuierte diese Pflichten nur unter der Bedingung, daß die Glieder sie in jedem einzelnen Falle tragen wollen. Es wäre ein „du sollst, wenn du willst", also eine von ihrem Inhalt gesprengte Sollform. (Vgl. S. 18.) Das Austrittsrecht wird also nur unter bestimmten Bedingungen eingeräumt sein. Ist es jedoch *nicht* eingeräumt, dann fehlt es an jedem positivrechtlichen Grunde, es zu behaupten. Es ist die berüchtigte, als positiver Völkerrechtssatz nicht nachweisbare *clausula rebus sic stantibus*, auf die man sich berufen muß, um ein Sezessionsrecht der durch völkerrechtlichen Vertrag gebundenen Glieder eines Staatenbundes behaupten zu können. Der Bundesvertrag könne nicht mehr bindend sein, wenn er bei geänderten Verhältnissen gegen Lebensinteressen eines Einzelstaates verstoße. Der Vertrag sei um des Staates willen, nicht der Staat um des Vertrages willen da, und wie sonst noch jene Argumentationen lauten mögen, mittels deren man die einzelstaatliche Ordnung als höchsten Zweck, d. h. als eine in keine höhere Ordnung eingegliederte, souveräne Ordnung gelten lassen will, sobald es gewissen Gruppeninteressen zuwiderläuft, nachdem man, als es diesen Interessen entsprach, sich auf den mit der Souveränität des Einzelstaates unvereinbaren Vertragsrechtssatz des Völkerrechtes berufen hatte. Nicht selten zieht sich die Theorie, um die Möglichkeit eines Sezessionsrechtes behaupten zu können, auf den reinen Machtstandpunkt zurück. Der verbundene Staat habe eben die Macht, einen ihm schädlich gewordenen Vertrag unerfüllt zu lassen, aus dem Verband auszutreten. Das gilt von jedem Rechtsverletzer, dem es gelingt, sich der Unrechtsfolge zu entziehen. Vertragsbruch ist aber Unrecht in keinem anderen Sinn wie die Verletzung eines Strafgesetzes. Ver-

letzt wird nicht nur die lex contractus, sondern der völkerrechtliche, keineswegs durch Vertrag entstandene, den Vertrag als rechterzeugende Quelle einsetzende Rechtssatz des Völkerrechtes: pacta sunt servanda. Und die auf diesen Vertragsbruch gesetzte Unrechtsfolge — sei es nun Krieg im engeren Sinne des Wortes, sei es Bundesexekution — ist ein Zwangsakt der gleichen Art wie die Strafe oder Exekution der einzelstaatlichen Rechtsordnung. Wenn man daher die Ausübung des nicht verfassungsmäßig eingeräumten Sezessionsrechtes im Staatenbund zwar als unrechtmäßigen Akt zugibt — ein seltsames Recht, dessen Ausübung Unrecht ist! — diesen Tatbestand aber „nur" als Vertragsbruch, nicht als Rebellion gelten lassen will, welchen Charakter ein Austritt im Bundesstaat annimmt, so entbehrt eine solche Unterscheidung jedes zulänglichen juristischen Sinnes. Da ein Sezessionsrecht nur besteht, sofern es unter gewissen Bedingungen eingeräumt ist — für welchen Fall seine rechtmäßige Ausübung kein Vertragsbruch ist —, muß auf dieses Recht nicht verzichtet werden, damit es fehle. Die herrschende Lehre, die dieses Recht aus der Souveränität der verbundenen Staaten ableiten zu können glaubt, ist allerdings nur konsequent, wenn sie das sogar trotz eines positivrechtlichen Verzichtes behauptet. Dabei unterläuft meist der arge Zirkelschluß: Die Staaten im Staatenbund sind souverän, also haben sie ein Sezessionsrecht, andererseits wird ihre Souveränität nicht zuletzt daraus erschlossen, daß sie — zum Unterschied von den Staaten im Bundesstaat — ein Sezessionsrecht haben. Ist die Bundesstaatsverfassung wie die der meisten Bundesstaaten im Wege völkerrechtlichen Vertrages entstanden, dann ist nicht einzusehen, warum die herrschende Lehre auf sie nicht die gleiche Argumentation anwendet wie auf die Staatenbundverfassung. In Wahrheit haben die Gliedstaaten der Bundesstaaten aus demselben Grunde kein Sezessionsrecht, aus dem sie es im Staatenbunde nicht haben: weil und sofern die Verfassung ein solches Recht, genauer: einen solchen Endigungsgrund für die Geltung der Bundesordnung nicht statuiert.

Hier liegt ein letzter, durchaus politischer Grund für die schon früher (S. 195f.) als unhaltbar aufgezeigte Unterscheidung zwischen staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Staatenverbindungen. Da die traditionelle Theorie für den Bereich des Völkerrechts an der clausula rebus sic stantibus und sohin für die Glieder des völkerrechtlichen, weil auf Vertrag beruhenden Staatenbundes an dem Sezessionsrecht festhält, ist es begreiflich, daß sie sich bemüht, den Bundesstaat, zumal wenn er die Rechtsform nationaler Einigung ist, auf eine festere Grundlage zu stellen, als das von ihr so unterminierte Völkerrecht bieten kann. Soll der Bundesstaat nicht durch das aus dem Völkerrecht deduzierte Sezessionsrecht der Gliedstaaten jeder Zeit gesprengt werden können, muß der den Bund begründende, ihn in den Bereich des Völkerrechtes stellende Vertrag wegargumentiert und der Bundesstaat als staatsrechtliche, auf Verfassung beruhende Staatenverbindung dem Staatenbunde entgegengestellt werden.



Drittes Buch.

Die Erzeugung der Staatsordnung.

(Dynamik.)



Siebentes Kapitel.

Die Erzeugungsstufen.

(Die Lehre von den Gewalten oder Funktionen des Staates.)

§ 32. Einheit der Staatsgewalt und Vielheit der Gewalten oder Funktionen des Staates.

A. Die Lehre von den drei Gewalten der einheitlichen Staatsgewalt.

Da der eigentliche Sinn dessen, was man üblicherweise als Staatsgewalt bezeichnet, Geltung einer Rechtsordnung und damit implicite die Einheit dieser Geltung, der Gedanke einer Teilung dieser Geltung aber ein Ungedanke ist, so kann denn auch als eine Konsequenz aus dem Begriffe der Staatsgewalt deren Einheit und Unteilbarkeit gelehrt werden. Verschiebt sich freilich die Bedeutung des Begriffes der Staatsgewalt ins Substantielle — wie dies in der Darstellung der traditionellen Staatslehre durchgehends der Fall ist — dann muß die Lehre von der Unteilbarkeit der Staatsgewalt den Charakter einer aus dem Begriff ableitbaren theoretischen Wahrheit verlieren. Substanz ist doch teilbar. Das Prinzip der Unteilbarkeit der Staatsgewalt nimmt dann die Bedeutung eines politischen Postulates an, die effektive Macht des Staates nicht zu mindern, womöglich zu mehren, den Staat — gleichsam salva rei substantia — zu erhalten. Unter solcher Voraussetzung, als Wesenswahrheit vorgetragen, ist die Lehre von der Unteilbarkeit des Staates — allerdings eine Erschleichung.

Der Widerspruch zwischen der nunmehr nach Denaturierung des Staatsbegriffes gegebenen Voraussetzung und der Unteilbarkeit als angeblicher Konsequenz zeigt sich deutlich darin, daß trotz der Versicherung der Einheit und Unteilbarkeit der Staatsgewalt dennoch mehrere Staatsgewalten unterschieden werden. Und diese Unterscheidung mehrerer Staatsgewalten tritt in einer für ihren Sinn ganz wesentlichen Verbindung mit der Lehre von der Trennung dieser Gewalten, d. i.: der Verteilung der Ausübung dieser Gewalten auf verschiedene Organe, der organisationstechnischen Isolierung dieser Gewalten, auf. Die einheitliche und unteilbare Staatsgewalt wird dargestellt als zusammengesetzt aus drei einander begrifflich durchaus koordinierten und darum ja auch organisatorisch isolierbaren Gewalten: der gesetzgebenden Gewalt, der richterlichen Gewalt und der vollziehenden Gewalt. Wie eigentlich diese Dreiheit eine Einheit bilde, bleibt im Unklaren. Dabei macht es keinen wesentlichen Unterschied, wenn man, um die Einheit der Staatsgewalt wenigstens terminologisch aufrecht zu erhalten, statt von Gewalten von Funktionen des Staates und sohin von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vollziehung spricht, solange nicht die Vorstellung von einem beziehungslosen Nebeneinander dieser drei Funktionen aufgegeben und an Stelle einer bloßen mit dieser Vorstellung unvereinbaren Behauptung ihrer Einheit die klare und energische Bestimmung des zugrunde liegenden Einheitsprinzipes tritt.

B. Logische Gliederung der Staatsfunktionen; insbesondere ältere Versuche.

Dieses Einheitsprinzip ist keineswegs bisher gänzlich unerkannt geblieben. Es hat sich seit jeher, seit man überhaupt versucht, die Tätigkeit des Staates, die mannigfaltigen Äußerungen des Rechtes, zu gliedern, geltend gemacht in der immer wieder auftretenden Tendenz, irgendeine Rangordnung in den „Gewalten“, „Funktionen“, „Rechten“ oder sonstwie bezeichneten Abfolgen staatlicher Akte festzustellen. Nur daß man sich eben der eigentlich rechtslogischen Bedeutung des Problems nicht bewußt war, um dessen Lösung es ging; so daß diese immer wieder verwirrt und verdunkelt wurde. Wie so häufig auf diesem Gebiete, war auch hier das Streben nach Erkenntnis mit der politischen Absicht unklar vermengt, den historisch zufälligen Ausübern gewisser „Gewalten“, den Trägern gewisser „Funktionen“, Inhabern gewisser „Rechte“ eine besonders bevorzugte Stellung zu erwirken oder zu erhalten. Und der Gedanke, eine aus dem Wesen des Rechts sich ergebende Reihung seiner Akte zu erkennen, wird durch den Wunsch getrübt, gewisse, vom Standpunkt spezieller Interessen besonders wichtig scheinende Akte theoretisch in den Vordergrund zu rücken, weil die Beteiligung an ihnen im Vordergrund des politischen Kampfes steht. Am verständlichsten aber ist, daß die auf das Wesen des Staates überhaupt und die daraus begriffsnotwendig sich ergebenden Funktionen gerichtete Darstellung mehr oder weniger bestimmt ist von der zufälligen Gestaltung, die die Organisation jenes Staates oder der Staaten jener Epoche zeigt, der der Darsteller angehört. Wenn sich an Stelle der begriffswesentlichen Gliederung des Rechtsprozesses dessen mehr oder weniger typische äußere Manifestation schiebt, wenn man statt einer Rechtswesenseinsicht nur Beschreibung der äußeren Organe liefert, die den Rechtsprozeß hier und jetzt bewerkstelligen, so muß dabei nicht jede Wesenserkenntnis mangeln. Denn auch in der äußeren Organisation, in der Anordnung der Staatsorgane drückt sich bis zu einem gewissen Grade die wesentliche Gliederung des Rechtsprozesses aus. Soll dieser aber ganz erkannt werden, dann muß der Blick nicht an der rechtsinhaltlichen Gestaltung des Organisationsapparates haften bleiben.

Darum können alle Versuche einer logischen Gliederung der Staatsfunktionen oder Staatsgewalten nicht zum Ziele führen, die auf eine Einteilung des möglichen Gehalts der Rechtsordnung oder — was ja dasselbe ist — der möglichen Zwecke des Staates hinauslaufen. Typisch dafür ist die von der älteren Staatstheorie vertretene Lehre von den fünf Richtungen oder Gebieten staatlicher Tätigkeit: Auswärtige Angelegenheiten, Innere Verwaltung oder Polizei, Finanzen (Kameralverwaltung), Justiz und Kriegswesen; wobei Finanz- und Justizwesen als spezielle Gebiete der inneren Verwaltung im weitesten Sinn, das Kriegswesen aber als eine besondere Funktion neben Äußerem und Innerem des Staates aufgefaßt wurde. Ob man nun diese verschiedenen Inhalte als „Hoheiten“, „Regierungsrechte“, „Majestätsrechte“, „Regalien“ usw. bezeichnete, ist ziemlich belanglos. Im Grunde ist es der gleiche aussichtslose Versuch, wie er schon bei der als Rechtsinhaltsbegriff verstandenen Souveränität charakterisiert wurde. Demgegenüber bedeutet die vielfach schon an ältere Versuche wieder anknüpfende Dreiteilung der modernen Staatstheorie einen entschiedenen Fortschritt. Und zwar darum, weil in ihr in dem Gegensatz von Gesetzgebung einerseits, Rechtsprechung und Verwaltung anderseits der für das vorliegende Problem tatsächlich entscheidende Unterschied zwischen Generellem und Individuellem, Abstraktem und Konkretem in den Vordergrund tritt.

§ 33. Gesetzgebung und Rechtsprechung als Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung.

A. Legis latio und legis executio.

Das Wesen der Gesetzgebung wird ganz allgemein dahin charakterisiert, daß der Staat in dieser seiner Funktion generelle, abstrakte Regeln aufstelle, während er in Rechtsprechung und Verwaltung eine individualisierte Tätigkeit entfalte, konkrete Aufgaben unmittelbar löse. Dabei wird der Begriff der Gesetzgebung mit dem der Rechtserzeugung, Rechtsschöpfung, Rechtssetzung identifizert. So daß die individualisierte Tätigkeit des Staates, sofern sie überhaupt als Rechtsakt begriffen wird, nur als Rechtsanwendung, oder Rechtsschutz bestimmt und so von vornherein in einen Wesensgegensatz zur Rechtsschöpfung oder Rechtssetzung gestellt wird. Indes bezieht sich diese letztere Bestimmung — wie schon die Terminologie zeigt — eigentlich nur auf die sog. Rechtssprechung oder richterliche Gewalt. Die als Verwaltung oder vollziehende Gewalt bezeichnete Funktion wird — mehr oder weniger konsequent — weder als Rechtssetzung noch als Rechtsanwendung, sondern als eine von der Rechtsfunktion des Staates wesensverschiedene, nicht dem Rechts-, sondern dem Macht- oder Kulturzweck dienende Tätigkeit des Staates aufgefaßt und demgemäß auch in bezug auf das Recht negativ, d. h. als jene Staatstätigkeit definiert, die übrigbleibt, wenn Gesetzgebung, d. i. Rechtssetzung, und Rechtsprechung wegfällt. Während somit nach der üblichen Darstellung der Staatsfunktionen zwischen gesetzgebender Gewalt als Rechtssetzung und richterlicher Gewalt als Rechtsanwendung (oder Rechtsschutz) doch immerhin eine positive Rechtsbeziehung behauptet werden soll, wird die logische Unterordnung, die zwischen Gesetzgebung als der generellen und Verwaltung als einer — wie die Rechtsprechung — individuellen Funktion nach Ausdruck ringt, in demselben Maße wieder aufgehoben, als der ganz auf den Inhalt der Rechtsordnung abgestellte Gegensatz von Rechts- und Macht-, bzw. Kulturzweck des Staates im Begriff der Verwaltung zur Geltung kommt, die Verwaltung nicht als Rechtsfunktion, sondern als eine von der Rechtsfunktion des Staates wesensverschiedene Tätigkeit verstanden werden will. Dabei wird der theoretische Leitgedanke wieder verlassen, der allein das Rückgrat der Funktionentheorie bilden kann und auch seit jeher immer wieder aufgetaucht, wenn auch immer wieder zurückgedrängt worden ist: der Unterschied zwischen legis latio und legis executio.

Um den richtigen Kern aus dieser uralten Unterscheidung herauszuholen, muß man vor allem zwei Irrtümer ablösen, die ihn wie Schalen verbergen. Erstlich darf man den Begriff der Rechtssetzung, der mit dem Worte Gesetzgebung, legis latio, ausgedrückt werden soll, nicht mit der Tätigkeit bestimmter, historisch individualisierter, arbeitsteilig funktionierender Organe und sohin den Begriff des Rechts nicht mit dem des „Gesetzes" identifizieren. Dann aber darf man den Gegensatz von Gesetzgebung und Rechtsprechung, bzw. den von Rechtssetzung und Rechtsanwendung nicht für absolut halten, sondern muß ihn als relativ erkennen.

B. Der Begriff des Gesetzes: die generelle (abstrakte) Norm.

Das Wort „Gesetzgebung", das in der Lehre von den Staatsgewalten soviel wie Rechtserzeugung, Rechtsschöpfung, Setzung von Rechtsnormen überhaupt ausdrücken soll, bedeutet eigentlich nur einen besonderen Fall von Rechtssetzung, so wie ja „Gesetz" im technischen Sinne des Wortes nur einen besonderen Fall, eine besondere Form des „Rechts" darstellt. „Gesetzgebung" nennt man die bewußt auf Rechtssetzung gerichtete Tätigkeit bestimmter, arbeitsteilig funktionierender Organe. Zwar würde man die Bedeutung, die der Gesetzgebungsbegriff in der traditionellen Gewaltenlehre annimmt, wohl zu eng nehmen, wollte man darunter nur die Rechts-

setzungstätigkeit demokratisch konstituierter Organe, etwa nur der Volksversammlung oder der Volksvertretung, nicht aber des Autokraten verstehen. Denn auch der absolute Monarch gibt „Gesetze" und auch seine „Gesetzgebung" kann von seiner, bzw. seiner Organe Gesetzesanwendung unterschieden werden. Immerhin zeigt sich in der traditionellen Vorstellung auch die Tendenz zu dieser — offenbar naturrechtlichen Motiven entsprechenden — Verengung des Gesetzgebungsbegriffes. Daß man sich der im Gegensatz von Gesetzgebung und Rechtsprechung gelegenen theoretischen Unterscheidung weniger bewußt wird, wenn Gesetzgebung und Rechtsprechung als Organfunktionen zumindest potentiell in einer Hand vereinigt sind, ist begreiflich; und darum so bezeichnend, daß die in der Zeit der absoluten Monarchie, des sog. Polizeistaates, vorgetragene Theorie der Staatsfunktionen unter den früher erwähnten fünf Hoheitsrechten die Gesetzgebung als ein spezielles Recht oder Regal gar nicht aufzählt. Dagegen muß angenommen werden, daß im Gesetzgebungsbegriff der Gewaltenlehre unter „Gesetz" nur die generelle Norm verstanden sein soll. Obgleich es die Funktion des Staates, also der Akt selbst ist, den man als „generell" oder „abstrakt" bezeichnet, so kann es doch wohl nur — da die Gesetzgebungsakte als solche nur konkret und individuell sein können — das Produkt dieses Aktes sein, das einen generellen oder individuellen, abstrakten oder konkreten Sinn hat. Bei dem Worte „Gesetz" denkt man eben nur oder doch vornehmlich an generelle oder abstrakte Normen. Und wenn man Gesetzgebung mit Rechtsschöpfung schlechthin identifiziert, so geschieht dies, weil man das Recht schlechthin als eine Summe genereller Normen auffaßt, das Recht überhaupt nur in genereller, abstrakter Form voraussetzt. Daß dieser Rechtsbegriff aber offenbar zu eng ist und daher zu unlösbaren Widersprüchen führen muß, wird sich sogleich zeigen.

C. Rechtssatzung und gewohnheitliche Rechtsschöpfung.

Vorerst muß aber noch festgestellt werden, daß der im Worte „Gesetzgebung" auftretende Begriff der Rechtserzeugung oder Rechtssetzung auch darum zu eng ist, weil Rechtserzeugung — auch im Sinne der Setzung genereller Normen — nicht bloß als bewußte Rechtssatzung besonderer Organe, sondern auch in der gewohnheitsmäßigen Bildung durch Übung aller Rechtsgenossen möglich ist. Auch das sog. Gewohnheitsrecht wird gesetzt, ist „positiv", ist Produkt einer Rechtserzeugung, Rechtsschöpfung, wenn auch keiner Rechtssatzung. Nur daß auch diese Art der Erzeugung genereller Normen — es ist eine extrem demokratische — dem rechtstheoretischen Bewußtsein nicht sonderlich auffällt und sohin der Gegensatz zwischen der Setzung genereller Normen und der sog. Rechtsanwendung, Rechtsprechung der Rechtserkenntnis entgeht. Indes ist er auch hier vorhanden und muß notwendigerweise stets vorhanden sein, sobald man nur erkannt hat, daß dasjenige, was die Gewaltentheorie Rechtsanwendung, Rechtsprechung nennt und zur Rechtssetzung, Rechtsschöpfung in Gegensatz stellt, nichts anderes als die Setzung individueller, konkreter Rechtsnorm ist; so daß die entscheidende Differenz die zwischen der Setzung genereller und der Setzung individueller Rechtsnorm ist.

D. Individualrecht.

Diese Unterscheidung ist aber begriffswesentlich und von jeder positivrechtlichen Gestaltung unabhängig. Selbst dort, wo es nur individuelle Rechtsakte zu „geben" scheint, wo etwa ein Häuptling als absoluter Monarch und einziger Richter nur von Fall zu Fall nach freiem Ermessen Übeltäter bestraft, Schuldnern Wertgegenstände zwangsweise entzieht, um sie dem Gläubiger zu geben, ohne vorher generelle Straf- oder Zivilrechtsnormen zu setzen, ja ohne daß solche generelle Normen auch anderweitig positiv gesetzt, insbesondere auch gewohnheitsmäßig

erzeugt wären, so bedarf es doch, um diese Zwangsakte des Häuptlings als Rechtsakte, als Gemeinschaftsakte, als Staatsakte, wie den diese Handlungen setzenden Menschen als „Häuptling“, d. h. als Organ der Gemeinschaft zu begreifen einer, wenn auch nicht positiv gesetzten oder gesatzten, so doch vorausgesetzten Norm, die diesen Menschen als Rechtsautorität einsetzt, die statuiert, daß stets unter den Bedingungen, die dieser — so als Häuptling allererst qualifizierte — Mensch nach seinem Ermessen fallweise regelt, ein Zwangsakt gesetzt werde, den eben dieser Mensch nach seinem Ermessen fallweise zu bestimmen hat. Diese Norm ist ihrem Wesen nach generell und abstrakt. Und ohne dieses Grund-„Gesetz“, das in den individuellen Rechtsakten des Häuptlings „angewendet“ wird, sind diese als solche, nämlich als individuelle Rechtsakte gar nicht möglich. Indes ist dieser Fall, in dem die einzige generelle Norm die hypothetisch vorausgesetzte Grundnorm ist, nur ein theoretischer Grenzfall.

E. Die Individualisierung (Konkretisierung) der generellen (abstrakten) Norm.

Stets entstehen mit der individuellen Rechtsübung positive generelle Rechtsnormen, sei es auch nur auf dem Wege der Gewohnheit. In ihnen wird an einen abstrakt bestimmten Tatbestand eine ebenso abstrakt bestimmte Rechtsfolge geknüpft. Allein diese generelle Norm, ob sie nun gewohnheitsmäßig erzeugt oder durch zur Schaffung genereller Normen berufene, besondere Organe gesatzt wird und nun „Gesetz“ heißt, sie bedarf, um überhaupt zu ihrem Sinn zu kommen, der Individualisierung. Es muß festgestellt werden, ob in concreto ein Tatbestand vorliegt, den die generelle Norm in abstracto bestimmt hat, und es muß für diesen Fall ein konkreter Zwangsakt gesetzt, d. h. zunächst angeordnet und dann realisiert werden, der gleichfalls in abstracto von der generellen Norm vorgeschrieben ist. Das richterliche Urteil, der Akt, in dem sich die richterliche Gewalt äußert, wird „Rechtsprechung“, Rechtsspruch genannt, als ob damit nur gleichsam deklarativ ausgesprochen würde, was bereits — in der generellen Norm — Recht geworden. Doch ist dies eine die ganze Bedeutung des sogenannten Rechtsspruches und sohin des Richters — vielleicht nicht ohne bewußte Absicht — verdunkelnde Terminologie. Denn daß überhaupt ein konkreter Tatbestand vorliege, der mit Unrechtsfolge zu verknüpfen ist, und daß er mit einer konkreten Unrechtsfolge verknüpft wird, diese ganze Beziehung wird durch das gerichtliche Urteil geschaffen. So wie die beiden Tatbestände der Rechtsbedingung und Rechtsfolge im Bereich des Generellen durch das Gesetz, müssen sie im Bereich des Individuellen durch das richterliche Urteil allererst verknüpft werden. Die Verknüpfung im Gesetz macht die im Urteil nicht überflüssig. Sagt das Gesetz: immer wenn gestohlen wird, soll über den Dieb eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zwei Jahren verhängt werden, so sagt das gerichtliche Urteil: der A hat hier und jetzt gestohlen und ist mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahre (anzutreten heute und an einem bestimmten Orte) zu bestrafen. Ohne das Urteil könnte das abstrakte Recht nicht konkrete Gestalt annehmen. Darum ist das Urteil, das den gesetzlichen Tatbestand im konkreten Fall für gegeben erklärt und eine konkrete gesetzliche Rechtsfolge ausspricht, nichts anderes als eine individuelle Rechtsnorm, die Individualisierung oder Konkretisierung der generellen oder abstrakten Rechtsnorm. (Doch ist das gerichtliche Urteil nicht der einzige Weg der Rechtskonkretisierung. Auch das Rechtsgeschäft stellt solche Konkretisierung dar; doch gehört diese Frage in anderen Zusammenhang.)

F. Gesetzgebung und Rechtsprechung: zwei Stufen des Rechtserzeugungsprozesses.

Und darum ist der Akt der Rechtsprechung ebenso Rechtssetzung, Rechtsschöpfung, Rechtserzeugung wie der Akt der Gesetzgebung, und beide nur zwei

Stufen des Rechtserzeugungsprozesses. Dessen Einheit ergibt sich aus der notwendigen Unterordnung der niederen unter die höhere Stufe, indem die Norm der höheren, d. i. die generelle, abstrakte Norm, die Norm der niederen Stufe, die individuellere, konkretere Norm mehr oder weniger inhaltlich bestimmt. Der ganze Rechtserzeugungsprozeß erscheint als eine Abfolge stufenweise zunehmender Individualisierung und Konkretisierung des Rechtes. Dieses ist keineswegs, wie man üblicherweise annimmt, nur in der Gesetzesform, nur in der Stufe genereller Normen gegeben. Das „Gesetz" ist weder die einzige, noch auch die höchste Stufe der Rechtsordnung, was erst eine höchst verdienstvolle neuere Theorie — zugleich mit der wichtigen Erkenntnis der stufenförmigen Struktur der Rechtsordnung — festgestellt hat (Merkl). So wie die Rechtsprechung, die die traditionelle Lehre als Rechtsanwendung in einen absoluten Gegensatz zur Gesetzgebung, als Rechtsschöpfung, gesetzt hat, selbst Rechtsschöpfung ist, so ist auch die Gesetzgebung selbst wieder Rechtsanwendung. Rechtsanwendung ist das richterliche Urteil, sofern seine Beziehung zur höheren Stufe des Gesetzes in Betracht kommt, durch das das Urteil rechtlich determiniert wird. Rechtsschöpfung, Rechtsnormierung ist das Urteil, sofern seine Beziehung zu jenen Rechtsakten in Betracht kommt, die „auf Grund" des Urteils zu ergehen haben, z. B. den Exekutionsakten, oder sofern seine Beziehung zu den Parteien in Frage kommt, denen konkrete Pflichten durch das Urteil auferlegt werden. Und so ist das Gesetz, das dem Urteil gegenüber Rechtserzeugung ist, wieder einer höheren Stufe gegenüber, durch deren Normen das Gesetz determiniert wird, Rechtsanwendung.

G. Die Stufe der Verfassung.

Diese höhere Stufe erkennt man, sobald man sich vergegenwärtigt, daß es die Eigenart des Rechts ist, seine eigene Erzeugung zu normieren (vgl. S. 98), daß also der Weg der Gesetzgebung, das Verfahren der Erzeugung genereller Normen selbst durch positive generelle Normen bestimmt sein kann. Diese Normen bezeichnet man als Verfassungsnormen; und die „Verfassung" ist dem Gesetze gegenüber eine höhere Rechtsstufe. Im Gesetze wird die Verfassung „angewendet", sofern eben das Gesetzgebungsverfahren durch die Vorschriften der Verfassung ebenso determiniert wird wie das richterliche Urteil durch das — von ihm anzuwendende — Gesetz. Dabei ist keineswegs ein wesentlicher Unterschied darin zu erblicken, daß das richterliche Urteil nicht nur dem Verfahren nach, das zu ihm führt, sondern auch seinem meritorischen Gehalt nach durch formale Prozeßgesetze einerseits und materielle Straf- und Zivilgesetze andererseits determiniert ist, während das Gesetz seinem Inhalt nach durch die Verfassung unbestimmt bleibt, und nur das Gesetzgebungsverfahren determiniert wird. Denn einerseits ist auch das richterliche Urteil seinem Inhalt nach nie ganz durch materielle Gesetze bestimmt und aus Gründen, die später entwickelt werden, auch nie ganz bestimmbar. Andererseits kann auch der Inhalt der Gesetze durch die Verfassung, d. h. durch andere Gesetze bestimmt werden. So schließt die Verfassung gewisse Inhalte aus und schreibt andere Inhalte vor, so daß das Gesetz ebenso als Durchführung der Verfassung, wie das Urteil als Durchführung des Gesetzes erscheinen kann.

H. Rechtsprechung und Rechtsschutz.

Eine überaus unklare Vorstellung des Verhältnisses zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung liegt in der so häufigen Charakterisierung der letzteren als „Rechtsschutz". Ist es dabei das Recht, das — von wem, etwa vom Staat? — geschützt wird, oder ist es das Recht, das selbst — etwas anderes, etwa Interessen — schützt? Man kann in einem gewissen Sinne beides behaupten, ohne damit irgendetwas für den Richterspruch dem Gesetz gegenüber Wesentliches gesagt zu haben. Denn

auch im Gesetz wird das Recht geschützt und schützt das Recht. Wenn das richterliche Urteil — übrigens von einem ganz subjektivistischen Standpunkte — als „Schutz" der individuellen Interessen empfunden wird, so gilt das ebenso, ja in erster Linie von dem Gesetz, dessen generelle Normen vorerst die Interessen abstrakt schützen müssen, damit sie das Gericht konkret schützen könne. „Recht", „Rechtsschutz" ist das Gesetz nicht anders als das Urteil, es handelt sich um zwei Phasen des rechtlichen Schutzes von Interessen. Daß das richterliche Urteil der Partei subjektiv näher steht und daher zunächst als „Schutz" angesprochen wird, macht ja die naive Begriffsbildung, die an der Oberfläche haftet, gewiß verständlich. Andererseits sagt man wieder, es sei das „Recht", das durch das richterliche Urteil geschützt werde, und erblickt dabei im Gerichte den „Staat", der „hinter" dem — mit dem „Gesetz" identifizierten — „Recht" steht, dieses Recht mit seiner Zwangsgewalt schützt, indem er es durchsetzt, gegen den Willen Widerstrebender durchführt. Ist es aber nicht auch der „Staat", der — wie er das Urteil setzt — die generelle Norm des Gesetzes „aufstellt"? Ist es nicht in beiden Fällen ein durch das Recht bestimmtes Organ, das einmal die generelle und einmal die individuelle Rechtsnorm statuiert? Also nur verschiedene Stadien eines eigengesetzlich verlaufenden Prozesses! Der Staat „schützt" das Recht im Urteil in keinem anderen Sinne, als er es im Gesetze „aufstellt". Daß das Recht im Urteil „geschützt" werde, bedeutet nichts anderes, als daß die generelle Norm des Gesetzes in der individuellen Norm des Urteils logisch enthalten, daß das Urteil gesetzmäßig, daß es eben dasselbe Recht ist, dessen Erzeugung, in der Verfassung begonnen, im Gesetz naiver Betrachtung am deutlichsten bewußt, weil inhaltlich meist am stärksten ausgeprägt, im Urteil fortgeführt, konkretisiert, individualisiert wird.

§ 34. Gesetz und Verordnung.

A. Das Gesetz im formellen Sinn.

Weil der Gegensatz von individuell und generell, von konkret und abstrakt kein absoluter, sondern ein relativer ist, weil der Weg der Individualisierung oder Konkretisierung beliebig viel Grade haben kann, kann auch die positivrechtliche Gestaltung des Rechtserzeugungsprozesses — und, von diesem dynamischen Standpunkt aus betrachtet, ist die ganze Rechtsordnung nur ein Rechtserzeugungsprozeß — beliebig viel Stufen haben. Wenn auch nach den Bestimmungen der Verfassung grundsätzlich nur ein einziges Organ zur Setzung genereller Normen berufen und als solches der „Gesetzgeber" im formellen Sinne ist, so wird es doch meist zugleich ermächtigt, die Befugnis, generelle Normen zu erlassen, innerhalb gewisser Schranken auf andere Organe zu übertragen. So können in allen modernen Staaten Behörden, die nicht als „gesetzgebende" Organe angesehen werden, auf Grund der Gesetze „Verordnungen" erlassen, d. h. generelle Normen setzen, in denen die Gesetze näher durchgeführt, angewendet werden. Als generelle Normen, ja als Normen überhaupt sind auch die „Verordnungen" Gesetze im materiellen Sinne. Von einem Gesetz im formellen Sinne spricht man nur bei den Normen, die von dem unmittelbar durch die Verfassung eingesetzten Organ, also von dem Organ relativ höchster Stufe, gesetzt werden, bzw. bei den generellen Normen höchster Stufe der Normsetzung. Sofern das als „Gesetzgeber" berufene Organ aber auch andere als generelle Normen setzen kann, z. B. individuelle Normen, so umfaßt der traditionelle Begriff des „Gesetzes im formellen Sinn" auch diese Akte. Es ist dann zweckmäßiger, von der „Form des Gesetzes" zu sprechen und darunter jeden Akt des „Gesetzgebers" ohne Rücksicht auf seinen Inhalt zu verstehen. Der Begriff des Gesetzes ist somit das eine Mal durch den Inhalt des Aktes — generelle Norm —, das andere Mal durch das den Akt setzende Organ bestimmt.

B. Der Begriff der Verordnung.

Und das gilt auch von dem Begriff der Verordnung. Ist darunter einerseits die nicht vom Gesetzgebungsorgan gesetzte generelle Norm zu verstehen, so wird doch andererseits — nach dem allgemeinen Sprachgebrauch — nicht jede solche generelle Norm als Verordnung bezeichnet. Auch hier ist gefordert — und dies konstituiert den Begriff der Verordnung im formellen Sinne — daß die generelle Norm von bestimmt qualifizierter Stelle ausgehe. Der Begriff des Rechtsgeschäftes ist es, gegen den hier eine gewisse, freilich nur sehr relative, rechtsinhaltlich schwankende Grenze zu suchen ist. Wenn das Gesetz, die generelle Norm, bestimmt, daß unter der Bedingung einer zwischen „privaten" Parteien zu treffenden Vereinbarung diese Parteien sich vereinbarungsgemäß verhalten sollen, widrigenfalls gegen den vereinbarungswidrig Handelnden auf Klage des anderen Exekution zu führen ist, so bedeutet auch dies nur eine Delegation zur Rechtssetzung an die Parteien. Der ja nur ein Blankett darstellende Vertragsrechtssatz wird — allerdings nur hinsichtlich des bedingenden Tatbestandes — durch die vertragschließenden Parteien ebenso näher durchgeführt, wie das Gesetz durch die Verordnung, der Prozeß der Rechtserzeugung von den privaten Parteien fortgeführt. Das Rechtsgeschäft ist — im Verhältnis zum Vertragsrechtssatz des Gesetzes — Rechtsanwendung; es ist aber in bezug auf die Parteien, ja in bezug auf die im Klagefall intervenierenden Gerichte — Normerzeugung. Der Tatbestand des Rechtsgeschäftes erfüllt eben den Vertragsrechtssatz für den konkreten Fall erst mit einem konkreten Inhalt. Ohne diesen Tatbestand wäre ja der Vertragsrechtssatz auch von den Gerichten gar nicht anwendbar. Das Rechtsgeschäft kann nun individuelle, es kann aber auch generelle Norm setzen, je nachdem, ob ein einmaliges oder ein unter bestimmten Bedingungen immer wiederholtes, wiederkehrendes Verhalten der Parteien vereinbart wird. Man denke an Gesellschaftsverträge, Kollektiv-Arbeitsverträge, Eisenbahntarife und ähnliches. Es sind generelle, die Parteien verpflichtende Normen. Daß ihr Inhalt von den zu Verpflichtenden selbst bestimmt wird, diese demokratische Art der Erzeugung kann ihnen den Normcharakter nicht nehmen; zumal bei vielen dieser Zwischenformen, z. B. Statuten, Tarifen die angebliche Zustimmung der Normunterworfenen nur eine Fiktion ist. Der Unterschied zur Verordnung, die einseitig, autokratisch von einer Behörde erlassen wird, ist nur ein sehr geringer; oder gar zu einer Verordnung, die von einem demokratisch konstituierten Organ erlassen wird. Will man den Unterschied von Verordnung und generellem Rechtsgeschäft darin erblicken, daß jene von einem — autokratisch oder demokratisch berufenen — Staatsorgan, dieses aber von privaten Parteien ausgeht, so wird noch später zu zeigen sein, daß der Begriff des Staatsorganes keine so scharfe Abgrenzung gegenüber dem Begriff der Partei und des Untertans zuläßt, wie man anzunehmen pflegt. (Vgl. S. 270ff.)

§ 35. Die Verwaltung.

A. Verwaltung und Recht.

Nach dem bisher Dargelegten versteht es sich von selbst, daß auch die als Verwaltung bezeichnete Funktion des Staates nur als Individualisierung oder Konkretisierung von Gesetzen begriffen werden und daß ein Wesensunterschied zwischen ihr und der sogenannten Rechtsprechung im Verhältnis zur Gesetzgebung oder auch eine Wesensdifferenz zu dieser nicht zugegeben werden kann. Wenn die herrschende Lehre, zum Teil in offenem Widerspruch zu ihren Voraussetzungen, einen solchen Wesensgegensatz ausfindig zu machen sucht, so gelingt ihr dies — scheinbar — nur dadurch, daß sie den Begriff der Verwaltung auf den Inhalt oder Zweck des Staates, die Begriffe der beiden anderen Funktionen oder Gewalten aber auf die Form des Staates: das Recht, abstellt. Verwaltung wird als Verfolgung staatlicher Zwecke und Aufgaben und zwar speziell als die auf Verfolgung des Macht-,

bzw. Kulturzweckes gerichtete Tätigkeit des Staates erklärt. Die Beziehung dieser Funktion zum Recht, die sich ja doch nicht eliminieren läßt, wird in den Hintergrund gedrängt, indem häufig betont wird, daß es sich bei Verwaltung um eine „freie" Tätigkeit des Staates handle, und so der Anschein geweckt, als ob der verwaltende Staat eigentlich unabhängig vom Recht begriffen werden könne, das Wesen der Verwaltung mit dem Recht nichts zu tun habe, wenn sich auch das Recht irgendwie auf die Verwaltung beziehe. Daß auch die staatliche Verwaltung wie irgendeine Tätigkeit des Staates nur als Inhalt von Rechtsnormen, Rechtsakten auftreten kann, daß Macht-, bzw. Kulturzweck und Rechtszweck keine sich ausschließenden Gegensätze, sondern das Recht eben die spezifische Form, bzw. das spezifische Mittel der Machtbehauptung oder Kulturförderung ist, und daß vom Standpunkt des Zwecks betrachtet auch die sog. Rechtsfunktion des Staates — Gesetzgebung und Rechtsprechung — dem Macht- bzw. Kulturzweck dienen, auf Machtbehauptung und Kulturförderung gerichtete Funktionen sind, das geht schon aus dem zur Lehre vom Staatszweck Gesagten hervor (vgl. S. 42ff.).

B. Gesetz und Verordnung als Grundlage der Verwaltung.

Rechtstechnisch verwaltet der Staat in der Weise, daß durch Gesetz und Verordnung ein bestimmtes Verhalten den Menschen zur Pflicht gemacht wird, indem auf das kontradiktorische Gegenteil Strafe oder Exekution gesetzt ist. So z. B. gewerberechtliche, sanitätspolizeiliche Vorschriften. Ist das zwangsvermeidende Verhalten der Menschen der Zweck der Verwaltungsrechtsnormen — so wie es der Zweck der Zivil- und Strafrechtsnormen ist — dann wird der Verwaltungszweck — wie der Rechtszweck überhaupt — durch die Akte der Verwaltung nur indirekt, nur mittelbar verfolgt. Dabei ist es grundsätzlich der gleiche Vorgang wie bei jener Tätigkeit, die als „Rechtsprechung" der Verwaltung entgegengestellt wird. Gesetz und Verordnung ist ebenso Grundlage der Rechtsprechung wie der Verwaltung, obgleich — seltsamerweise — zwar die Gesetzgebung als Rechtsfunktion, die Verordnungsgewalt aber als zur Verwaltung gehörig aufgefaßt wird. Doch unterscheidet man Verwaltungsgesetze neben Justiz-, d. i. für die Anwendung durch Gerichte bestimmten Gesetzen. Und obgleich man die Verordnungsgewalt als solche der vollziehenden Gewalt zurechnet, unterscheidet man doch zwischen Rechts- und Verwaltungs-Verordnungen und versteht unter letzteren solche Verordnungen, die nur die Staatsorgane selbst, nicht auch die Untertanen binden, wie das von den Rechtsverordnungen gilt. Daß Verordnungen nach diesem Gesichtspunkt unterschieden werden, dagegen ist nichts einzuwenden. Ausgeschlossen aber ist, bloß die einen als Rechtsnormen gelten zu lassen, die Verwaltungsverordnungen aber nicht. Wenn sie die Staatsorgane rechtlich verbinden, Rechtspflichten der Staatsorgane statuieren — und welche anderen Normen oder Pflichten könnte es im Verwaltungsrecht geben? — dann müssen auch die sogenannten Verwaltungsverordnungen als Rechtsverordnungen angesehen werden. Diese ganze Theorie von dem mangelnden Rechtscharakter der Verwaltungsverordnungen geht von der Vorstellung aus: diese Normen bleiben im Bereich des Staatsapparates beschlossen, reichen nicht über den „Staat" selbst hinaus, sind daher, weil „nur" Staat, nicht Recht; als ob der „Staatsapparat" etwas anderes als ein System von Rechtsnormen wäre! — Sie bedarf hier keiner Widerlegung mehr, soll nur als Symptom für die Tendenz der herrschenden Lehre angeführt werden, die Verwaltung — die man ganz naiv als Verwaltungsrecht behandelt — als außerhalb des Bereichs des Rechts stehend behaupten zu können. Die Erkenntnis, daß auch die sogenannten Verwaltungsverordnungen Rechtsnormen sind, und daher in dieser Beziehung kein Unterschied zu den sogenannten Rechtsverordnungen besteht, hindert natürlich nicht, daß positivrechtlich beide Arten von Verordnungen verschieden behandelt werden; z. B. hinsichtlich der Kundmachung und des richterlichen Prüfungsrechtes. Es

steht nichts im Wege, zu bestimmen, und es ließen sich legislativpolitisch gewisse Gründe dafür anführen, daß die — nur das Verhalten der Staatsorgane (im engeren Sinne) betreffenden — Verwaltungsverordnungen nicht so wie die Untertanen verpflichtenden Rechtsverordnungen gerade in Gesetz- und Verordnungsblättern kundgemacht werden müssen, um verbindlich zu sein, und daß diese Verwaltungsverordnungen einer Prüfung und Kassation durch Gerichte entzogen werden. (Vgl. S. 285ff.)

C. Verwaltung als Rechtsprechung. (Mittelbare Staatsverwaltung.)

Die ihrem Inhalt nach traditionell als ,,Verwaltungs" vorschriften bezeichneten Gesetze und Verordnungen, wie Gewerbe-, Sanitäts-, Schulgesetze usw. werden ganz ebenso wie die sogenannten Justizgesetze in concreto angewendet: Eine Behörde stellt den von der generellen Norm als Bedingung des Zwangsaktes gesetzten Tatbestand fest und verhängt die Unrechtsfolge, den sogenannten Verwaltungszwang: Geld- oder Freiheitsstrafe, Exekution. Dabei kann man den Verwaltungsakt mit dem gleichen Recht oder Unrecht als Feststellung strittigen oder unklaren Rechts bezeichnen wie das richterliche Urteil. Er ist in demselben Sinne wie dieses Rechtsprechung und ebenso Setzung individueller Normen. Der Unterschied zur Rechtsprechung ist zunächst lediglich eine organisationstechnische Differenz in der Stellung der den Zwang verhängenden bzw. das den Zwangsakt vorbereitende Verfahren setzenden Behörde. Unabhängiges Gericht im einen, abhängige Verwaltungsbehörde im anderen Fall. Unabhängig sind die Gerichte insofern, als sie bei ihrer Rechtsprechung nicht an die Weisungen vorgesetzter Behörden gebunden sind, sondern die in Betracht kommenden Rechtsnormen nach eigener Überzeugung anzuwenden haben. Dagegen sind die Verwaltungsbehörden in der Regel an die Weisungen vorgesetzter Organe gebunden. Dazu kommt, daß das Verfahren der Gerichte gesetzlich bis ins Detail geregelt, meist öffentlich und instanzenmäßig gegliedert ist, während dies beim Verwaltungsverfahren ursprünglich nicht der Fall war; doch wird dieses in den modernen Kulturstaaten immer mehr dem Gerichtsverfahren angenähert, so daß auch der organisationstechnische Unterschied immer geringer wird; worauf später noch zurückzukommen ist. Die ganze Scheidung von Gerichts- und Verwaltungsbehörden ist nur historisch zu erklären. Zu den mannigfachen Momenten, die zu dieser Entwicklung in allen modernen Staaten geführt hat, dürfte unter anderem auch die Tatsache gehören, daß an jenen Materien, deren Rechtskonkretisierung unabhängigen Gerichten übertragen wurde, das Interesse der Untertanen stärker als das des absoluten Fürsten gewesen sein mag. Es handelt sich um das sog. Straf- und Zivilrecht, d. h. um den Schutz von Leben, Ehre und Privateigentum. Im übrigen ist die Abgrenzung zwischen Justiz- und Verwaltungssachen mehr oder weniger historische Willkür. Was speziell die Scheidung von Justiz- und Verwaltungs*straf*sachen betrifft, so handelt es sich bei den letzteren um geringfügige Delikte und daher nicht um diffamierende Strafen. Indes ist auch hier die Grenze begrifflich nicht zu ziehen.

D. Unmittelbare Verwaltung durch den ,,Staat". (Der rechtsinhaltliche Staatsbegriff.)

In der Verwaltung kann sich aber — um in der üblichen Terminologie zu sprechen — der *Staat* nicht bloß darauf beschränken, die Untertanen zu einem bestimmten — den Kultur- oder Machtzweck fördernden — Verhalten zu verpflichten, den Verwaltungszweck also nur *mittelbar* zu verfolgen, er kann *unmittelbar* selbst die den Kultur- oder Machtzweck fördernden Tatbestände setzen. Der ,,Staat" kann Spitäler bauen und in diesen Kranke heilen, Schulen errichten und Unterricht

erteilen, Eisenbahnen betreiben usw. Allein auch in diesem Falle sind es nur generelle und individuelle Zwangsnormen, die das bezweckte Verhalten garantieren. Das Besondere liegt darin, daß das bezweckte Verhalten Pflicht von berufsmäßig zu solcher Tätigkeit angestellten, aus Staatsmitteln besoldeten Organen ist. Gewiß ist es rechtstechnisch ein erheblicher Unterschied, ob „Private" zur Errichtung einer Schule und zur Anstellung von Lehrern usw. bei Strafe verpflichtet werden, oder ob all das zum Inhalt von disziplinarrechtlich garantierten Beamtenpflichten gemacht ist, ob die Kosten aus privaten Mitteln oder aus dem „Staats"-Säckel gedeckt werden. Und wenn im letzteren Falle von einer Staats-Schule, einer Staats-Bahn und demgemäß von einer entsprechenden Staatstätigkeit, Staats-„Verwaltung" gesprochen wird, während im ersteren Falle nur eine Privat-Schule, eine Privat-Bahn und demgemäß nur private Tätigkeit oder Verwaltung vorliegt, so ist damit offenbar ein ganz anderer Begriff des „Staates" eingeführt, als jener ist, der in dem formalen Begriff der Staatsfunktion steckt. Staatsverwaltung werden hier Tatbestände genannt, weil sie von rechtstechnisch ganz bestimmt qualifizierten Menschen gesetzt werden. Ein ganz spezieller, höchst komplizierter und ausschließlich rechtsinhaltlicher Begriff des Staates liegt hier vor, auf den in der Lehre vom Staatsorgan zurückzukommen sein wird. (Vgl. S. 275ff.)

Von Staatsfunktion nicht im Sinne formaler Rechtsfunktion, sondern in einem spezifisch rechtsinhaltlichen Sinne ist die Rede, wenn man unter ganz bestimmten Bedingungen dem Staat Tatbestände zurechnet, die nicht Zwangsakte (oder verfahrensmäßige Vorbereitung eines Zwangsaktes) sind, sondern zwangsvermeidendes Verhalten darstellen. Vom Standpunkte der hier vertretenen Theorie des Rechtssatzes verknüpft dieser durch das „Soll" einen bedingenden Tatbestand mit einer als Zwangsakt charakterisierten Folge. Darin kommt die Anschauung zum Ausdruck, daß das Recht wesentlich eine Zwangsordnung, der Staat ein Zwangsapparat ist. Staatsakt oder Staatsfunktion ist demnach die spezifische Reaktion des Rechts: der Zwangsakt (bzw. seine verfahrensmäßige Vorbereitung, sei es durch Gericht, sei es durch Verwaltungsbehörden). In einem weitesten Sinne ist natürlich jeder rechtliche Tatbestand — sofern seine Satzung in Betracht kommt — Rechtsakt. Insbesondere auch jener, der in den das zwangvermeidende Verhalten statuierenden, sogenannten sekundären Normen auftritt. (Vgl. S. 51, 260ff.) Sofern die Qualität eines Tatbestandes als Staatsakt oder Staatsfunktion sich aus seiner Stellung im System der Rechtsordnung ergibt, insbesondere sofern ein Tatbestand als Staatsakt gilt, weil er die Reaktion des Rechts, die Rechtsfolge darstellt, hat man es mit einem rein formalen Funktions- und Staatsbegriff zu tun. Unter den als Staatsakten bezeichneten Akten der Verwaltung finden sich aber solche, die Rechtsakte nur in dem Sinne sind, als sie in sekundären Normen als zwangsvermeidendes Verhalten statuiert sind. Die Tätigkeit der staatlichen Schulbehörden z. B. ist rechtlich nur als Inhalt von sekundären Normen zu begreifen. Das kontradiktorische Gegenteil dieses Verhaltens ist Inhalt von Disziplinarrechtssätzen. Solche Tatbestände setzen aber schlechthin alle Untertanen mit ihrem rechtmäßigen Verhalten. Wenn man sie darum auch als Rechts- (Staats-)organe im weitesten und streng formalen Sinne des Wortes gelten lassen kann, so liegt doch ein deutlicher Unterschied zwischen rechtmäßigem Verhalten überhaupt und den als Staatsakte im engeren und spezifischen Sinne bezeichneten Akten der Verwaltung vor. Diese sind rechtlich nicht hinlänglich dadurch charakterisiert, daß sie rechtmäßiges, zwangsvermeidendes Verhalten, daß sie Inhalte sekundärer Normen sind. Ja, ihre Qualität als „Staats"-akte in diesem neuen, spezifischen Sinne folgt überhaupt nicht aus ihrer Stellung im System, die sie setzenden Menschen sind nicht Staatsorgane, weil sie Staatsfunktionen setzen, sondern umgekehrt: Diese Akte sind Staatsakte, weil die Menschen, die sie setzen, rechtsinhaltlich in eigentümlicher Weise qualifiziert, weil sie Staatsorgane in einem spezifisch rechtsinhaltlichen Sinne sind. Staatsorgane in

diesem Sinne sollen hier — den damit bezeichneten sehr komplizierten Tatbestand wesentlich vereinfachend — „Staatsbeamte" genannt werden.

Bei rechtstechnisch entwickelter Staatsordnung werden die sich wesentlich als Reaktion des Rechts darstellenden Staatsakte im formellen Sinne, die von der Rechtsordnung gesetzten Zwangsakte (samt ihrer verfahrensmäßigen Vorbereitung) von Organen im spezifisch rechtsinhaltlichen Sinne des Wortes, von Staats-„Beamten" und zwar nur von solchen Organen gesetzt. Sie vereinigen in sich dann die Qualität eines Staatsaktes im formalen und im rechtsinhaltlichen Sinne. Im weiteren Verlaufe werden Staatsorgane in diesem rechtsinhaltlichen Sinne, Staatsbeamte auch mit anderen Funktionen betraut als mit der Realisierung der Zwangsakte. Der — aus Organen in diesem rechtsinhaltlichen Sinne bestehende — Staatsapparat entfaltet — jedoch auch nur in der Form des Rechtes — eine weitere Tätigkeit. Die Form des Rechtes besteht darin, daß diese Tätigkeit als Inhalt sekundärer Normen auftritt. Diesen rechtsinhaltlichen Staatsbegriff vorausgesetzt, muß man feststellen, daß der „Staat", der Schulen errichtet und an ihnen Unterricht erteilt, der Eisenbahnen baut und betreibt usw., Tatbestände setzt, wie sie auch andere, nicht als „Staatsorgane" in diesem rechtsinhaltlichen Sinne bezeichnete Snbjekte setzen. Während die zwangsrealisierenden Akte nur vom „Staate", d. h. von Staatsbeamten gesetzt werden, werden die zwangsvermeidenden Tatbestände auch vom Staate in diesem rechtsinhaltlichen Sinne gesetzt. Auf diesem Gebiete tritt der „Staat" in Konkurrenz mit den Untertanen auf; auf jenem dagegen hat er eine Monopolstellung.

E. Der Fiskus.

Dieser „Staat" kann insbesondere Tatbestände setzen, die auf den Verkehr mit Vermögen gerichtet sind, und die — sofern sie von anderen Subjekten ausgehen — durch Privatrechtsnormen geregelt sind, insbesondere im Streitfalle die Kompetenz von Gerichten begründen. So kann er Eigentum an beweglichen oder unbeweglichen Gütern erwerben, veräußern, belasten, Forderungsrechte oder -Pflichten konstituieren usw. Der Staat als Subjekt solcher Vermögensrechte und -Pflichten wird „Fiskus" genannt: Eine bestimmte Vermögensmasse, deren Erstellung und Verwendung, Zuwachs und Abgang, durch bestimmte Normen geregelt ist, so zwar, daß bestimmte Staatsorgane darüber in vorgeschriebener Weise zu verfügen haben. Der Tatbestand eines Fiskus ergibt sich, sobald sich die Privatwirtschaft der „Organe" von der Staatswirtschaft, das Privatvermögen des Beamten vom Staatsvermögen scheidet. Über den Zusammenhang des „Fiskus" mit den Staatsorganen in dem spezifisch rechtsinhaltlichen Sinne wird an anderem Orte zu sprechen sein. (Vgl. dazu S. 271ff.) „Fiskus" ist die Personifikation des mehr oder weniger scharf abgrenzbaren Komplexes der diesen Gegenstand regelnden Normen.

Dabei ist zu beachten, daß die Setzung solcher, den „Fiskus" konstituierender Rechtsakte von seiten der Staatsorgane durch die Rechtsordnung grundsätzlich vorgesehen, daß Organe zur Setzung solcher Akte ermächtigt sein müssen. Von selbst versteht es sich durchaus nicht, daß der „Staat" all dies und insbesondere wie er es tun könne. Und darum versteht es sich auch nicht von selbst, daß auf diese Akte die Normen des Zivilrechts Anwendung zu finden haben, d. h. daß der Staat sich — um Vermögen zu erwerben — der Formen des Zivilrechts bedienen müsse. Es ist durchaus möglich und für den modernen Staat auch stets der Fall, daß diesem wie jeder anderen juristischen Person in den Formen des Zivilrechts an dem Vermögensverkehr sich zu beteiligen ermöglicht ist; d. h. daß durch Staatsorgane (im rechtsinhaltlichen Sinne) Akte gesetzt werden können, die die durch das Zivilrecht bestimmten Rechtswirkungen für das Vermögen des „Fiskus" erzielen. Allein es ist auch möglich und tatsächlich auch in weitem Maße der Fall, daß für den Vermögensverkehr des Staates vom üblichen und allgemeinen Zivilrecht durchaus

abweichende Normen gesetzt werden. Sei es, daß Tatbestände, wenn sie vom Staate, d. h. von den Staatsorganen im rechtsinhaltlichen Sinne, gemäß ihren Vorschriften gesetzt oder mitgesetzt werden, andere Rechtsfolgen haben, als wenn sie von anderen Subjekten gesetzt werden, sei es, daß von vornherein ganz andere Tatbestände vorgesehen sind, um die Zwecke des Fiskus zu erfüllen. Der Staat kann sein Vermögen durch Kauf und Verkauf, durch Betrieb einer Tabakfabrik oder einer Eisenbahn vermehren oder vermindern und dabei in gleicher Weise behandelt werden wie andere Unternehmer. Die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches, der Gewerbeordnung usw. können so allgemein lauten, daß für den „Staat", wenn er die hier geregelten Tatbestände setzt, die gleichen Folgen eintreten wie für irgendeine andere juristische Person; so daß wenn etwa der Staat kauft oder verkauft, ein Depositum übernimmt usw., die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches auch für ihn gelten. Oder es kann durch spezielle Norm die Unterwerfung des Staates unter diese Rechtssätze erfolgen. Es können dem Staate dabei jedoch auch gewisse Begünstigungen, sei es materiellrechtlicher, sei es formalrechtlicher (prozessualer) Natur eingeräumt werden. Aber daneben fließen dem Fiskus durch Steuern, Zölle, Expropriationen usw. Einnahmen in Rechtsformen zu, die das Zivilrecht nicht kennt, sofern die vermögensrechtliche Leistungspflicht der Parteien, bzw. die Funktionspflicht der Exekutionsorgane durch einseitigen behördlichen Akt des Staates begründet wird. Das dienstrechtliche Verhältnis der Staatsorgane (im rechtsinhaltlichen Sinne, der sog. „Beamten") kann hinsichtlich seiner Begründung, seines Inhalts, wie seiner Auflösung ganz nach den Bestimmungen des Zivildienstvertragsrechtes geregelt sein. Allein es kann auch eine gänzlich verschiedene Regelung Platz greifen. Wenn dann von einer spezifisch „öffentlichrechtlichen" Norm gesprochen wird, so drückt sich darin der Unterschied von dem unter der grundsätzlichen Herrschaft des Gedankens der Privatautonomie stehenden Privatrecht aus. Jener eindeutige Gegensatz, den man dabei zwischen beiden voraussetzt, wenn man damit das Wesen der nicht privatrechtlichen Regelung charakterisiert zu haben glaubt, besteht aber nicht. Gerade mit Rücksicht auf vermögensrechtliche Verhältnisse ist die Grenze zwischen privatem und öffentlichem Rechte höchst unsicher. So wird der Anspruch des Staatsbeamten auf Gehalt bald als privatrechtlich, bald als öffentlichrechtlich behandelt. (Vgl. dazu S. 80ff.) Demgemäß hängt es ganz und gar von der jeweiligen positivrechtlichen Bestimmung ab, ob bei Streitigkeiten aus vermögensrechtlichen Verhältnissen, in denen der Staat als „Fiskus" steht, die Gerichte oder andere Behörden kompetent sind. Sucht man diese Frage aus der „Natur" des Verhältnisses zu beantworten, so ergibt sich meist der Zirkelschluß: Die Kompetenz des Gerichtes ist begründet, wenn das Verhältnis privatrechtlicher Natur ist; ob es aber privatrechtlicher Natur sei, hängt davon ab, ob die Gerichte zur Streitentscheidung kompetent sind.

Wenn die Gesetze es an positiven Bestimmungen nicht selten fehlen lassen, so ist dies darum der Fall, weil der Gesetzgeber unter dem Einfluß einer Theorie steht, derzufolge der Staat in vermögensrechtlichen Verhältnissen „Fiskus" und als solcher — gleichsam von Natur aus — Subjekt des Privatrechtes, diesem und sohin der Kompetenz der Zivilgerichte unterworfen sei. Diese Fiskustheorie ist Naturrecht und hat sich auch als solches speziell in der Zeit der absoluten Monarchie zu dem Zwecke bewährt, den Untertanen im Verhältnis zu den Behörden subjektive Vermögensrechte im Sinne des Privatrechtes zu sichern, für die es an positivrechtlicher Basis fehlte. Naturrechtlich ist auch der sehr beliebte Schluß: weil der Staat als Fiskus Privatrechtssubjekt sei, sei er nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden haftbar, den seine Organe im Zusammenhang mit ihrer Amtsfunktion rechtswidrig verursacht haben. Solche Schadenshaftpflicht bedarf positivrechtlicher Statuierung. Aus der Natur des Staates ergibt sie sich keinesfalls. Wird dem Staat als Fiskus juristische Persönlichkeit zugesprochen, so kommt

darin die Tatsache zum Ausdruck, daß für vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Fiskus nur diese so bestimmten Vermögensmassen haften, nicht aber die den Staat bildenden Menschen mit ihrem ganzen Vermögen. „Juristische Person" bedeutet hier Haftungsbeschränkung auf ein individuell bestimmtes Zweckvermögen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Begriff des Fiskus zu eng gezogen ist, wenn man mit ihm nur den Staat als Subjekt von privaten Vermögensrechten und -Pflichten bezeichnet. Denn bei der Unsicherheit des Gegensatzes von Privat- und öffentlichem Rechte können vermögensrechtliche Beziehungen öffentlichen Rechtes nicht ausgeschlossen werden (z. B. steuerrechtliche). Im „Fiskus" fließen aber alle vermögensrechtlichen Beziehungen zusammen, d. h. der Fiskus stellt eine zentrale Vermögensmasse dar, die durch privat- wie öffentlichrechtliche Vermögensbeziehungen konstituiert wird. Dagegen scheint die Einschränkung auf vermögensrechtliche Beziehungen unvermeidlich zu sein, wenn der Begriff nicht jeden spezifischen Sinn verlieren soll. Das ist der Fall, wenn man — wie dies von sehr maßgebender Seite geschieht — unter Fiskus den Ausdruck für alle Fälle verstehen will, in denen der „Staat" in die gleichen Rechtsverhältnisse eintritt wie seine Untertanen, und daher das „Untertanenrecht" auf sich selbst zur Anwendung bringt. Der Gedanke, daß in den Akten, die der Fiskus setzt, der „Staat" mit den Rechtsakten der Untertanen in Konkurrenz tritt, daß hier der „Staat" dieselben Akte setzt, die auch Untertanen setzen können, ist zweifellos richtig und bildet die Grundlage, auf der sich der Fiskusbegriff aufbaut. Es ist der Gedanke der unmittelbaren, zum Unterschied von der mittelbaren Verwaltung, der früher ausgeführt wurde. Allein gerade bei den fiskalischen Akten zeigt sich, daß dabei auch ein ganz anderes Recht als das allgemeine „Untertanenrecht" zur Anwendung kommen kann.

F. Der Unterschied zwischen Verwaltung und Rechtsprechung (Justiz).

Erst von der Einsicht in den Unterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Verwaltung des „Staates" aus ergibt sich die entscheidende Differenz zwischen Gerichtsbarkeit (Rechtsprechung) und Verwaltung. Die als Gerichtsbarkeit oder Rechtsprechung bezeichnete Funktion des Staates ist wesentlich auf Setzung des Zwangsaktes bzw. seine verfahrungsmäßige Vorbereitung gerichtet. Sie ist in diesem Sinne in erster Linie formale Funktion des Staates, Staatsfunktion in einer formalen Bedeutung des Wortes. Auch die als Verwaltung bezeichnete Funktion des Staates ist dies zum großen Teile und ist insofern ebenso Rechtsprechung wie die schlechthin als solche bezeichnete Gerichtsbarkeit. Was den Inhalt der Funktion betrifft, liegt kein erheblicher Unterschied zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit vor. Doch ist die Verwaltung auch — als Setzung von Tatbeständen zwangvermeidenden Verhaltens, als Setzung und Vollziehung sekundärer Normen — Staatsfunktion nur in dem rechtsinhaltlichen Sinne des Wortes. Und insofern besteht in bezug auf den Charakter der Funktion selbst eine erhebliche Differenz gegenüber der Rechtsprechung, und zwar sowohl jener durch Gerichte als jener durch „Verwaltungsbehörden". Die arge Verwirrung, die in der Lehre von den Staatsfunktionen besteht, ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß den Begriffen der Rechtsprechung und Verwaltung zwei verschiedene Staats- und Funktionsbegriffe, ein formaler und ein rechtsinhaltlicher, zu Grunde liegen, und daß der konventionelle Begriff der Verwaltung selbst ein durchaus zwiespältiger ist, indem er zwei Gruppen rechtstheoretisch verschiedener Funktionen umfaßt.

G. Verwaltung als „freie" Tätigkeit des Staates. Das Problem des „freien" Ermessens.

Festgehalten werden muß jedoch, daß die Verwaltung auch bezüglich jenes Teiles, der in funktioneller Differenz zur Rechtsprechung steht, durchaus Rechts-

funktion ist, nur aus Rechtsakten besteht. Darum muß die Tendenz, die Verwaltungsfunktion des Staates außerhalb des Rechtsbereiches zu begreifen, entschieden zurückgewiesen werden. Sie zeigt sich auch in dem Versuche, Rechtsprechung und Verwaltung dadurch zu differenzieren, daß man diese jener gegenüber als wesentlich „frei" charakterisiert. Diese „Freiheit" der Verwaltung soll natürlich eine Freiheit vom Rechte bedeuten. Da aber eine gänzliche Beziehungslosigkeit der Verwaltung zum Recht — schon wegen der Verwaltungsgesetze — nicht möglich ist, sucht man die Beziehung zwischen Gesetz und Richterspruch wesentlich anders darzustellen als die Beziehung zwischen Gesetz und Verwaltung: Jener wendet das Gesetz an, er urteilt gemäß dem Gesetze, durch das Gesetz gebunden. Diese entfaltet sich innerhalb der von den Rechtsnormen aufgestellten Schranken frei; sie ist: freie Verfolgung der Staatszwecke innerhalb der Rechtsschranken. Zu ihrem Wesen gehört demnach das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Diese Unterscheidung ist logisch unhaltbar und verdeckt ein dem positiven Recht widersprechendes politisches Postulat. Es läßt sich leicht zeigen, daß jede Rechtsanwendung, d. h. jede Konkretisierung genereller Norm, jeder Übergang von einer höheren zu einer niederen Stufe der Rechtserzeugung, nur Ausfüllung eines Rahmens, nur Tätigkeit innerhalb der von der Norm höherer Stufe gesetzten Schranken ist. Niemals kann die Determination der niederen durch die höhere Stufe eine vollständige sein, stets müssen in der niederen Stufe inhaltliche Momente hinzukommen, die in der oberen Stufe noch fehlen, sonst wäre ja ein weiterer Fortschritt des Rechtserzeugungsprozesses gar nicht möglich, eine weitere Stufe überflüssig. So wie zwischen abstraktem Begriff und konkreter Vorstellung notwendig eine inhaltliche Differenz bestehen muß. Diese notwendige Differenz zwischen höherer und niederer Stufe der Rechtskonkretisation ist das sog. „freie Ermessen". Es ist grundsätzlich ebenso bei der Rechtsprechung wie bei der Verwaltung vorhanden, sofern eben beide nur mehr oder weniger, niemals aber ganz von der Gesetzgebung determiniert sind; wie ja auch diese mehr oder weniger durch die Verfassung bestimmt ist und daher einen mehr oder weniger großen Spielraum freien Ermessens hat. Ob der Richter einen strafbaren Tatbestand im konkreten Fall für gegeben annimmt, welche Strafe er innerhalb der vom Gesetz ihm vorgeschriebenen Strafgrenzen verhängt, ob die Verwaltungsbehörde seuchenverdächtiges Vieh dem Eigentümer entziehen und es keulen soll, und welchen Inhalt der Gesetzgeber den von ihm zu statuierenden Normen geben will, all das liegt im „freien" und zugleich „gebundenen" Ermessen. Es muß vergebliche Mühe bleiben, zwischen diesen Fällen qualitative Differenzen festzustellen, wo nur quantitative bestehen. Sicherlich ist die Freiheit des Ermessens des Gesetzgebers in der Regel eine größere als die des Strafrichters, und die der Verwaltungsbehörde steht meist in der Mitte zwischen beiden. Allein das ist nur die durchschnittliche positivrechtliche Regelung. Es muß nicht so sein. Es gibt Fälle weitgehender Bindung des Gesetzgebers und Fälle außerordentlicher Freiheit des Richters. Gerade hinsichtlich der Frage, inwieweit der Rechtsanwender durch Gesetz gebunden werden solle, stehen sich zwei entgegengesetzte rechtspolitische Anschauungen gegenüber: Weitgehende Bindung fordern die einen, um den einzelnen nicht der Willkür des Organs preiszugeben, um Sicherheit in diese Phase der Rechtskonkretisation zu bringen, um sie soweit als möglich voraussehbar, berechenbar zu machen. Weitgehende Freiheit die anderen, um die individuelle Norm, die konkrete Entscheidung oder Verfügung der Besonderheit des Falles möglichst anzupassen, um die Härten zu vermeiden, die mit einer weit ins Detail gehenden, inhaltlich sehr erfüllten generellen Normierung verbunden sind. Die Entscheidung dieses Gegensatzes hängt wohl sehr von der Qualität des für die Organfunktion zur Verfügung stehenden Menschenmaterials und sohin letztlich von dem Glauben an die Güte des Menschen überhaupt ab. Wer an die Möglichkeit guter, ihre Macht nicht mißbrauchender, weiser und gerechter Menschen glaubt, der wird alles dem Er-

messen dieser Richterkönige überlassen. Andernfalls wird man dazu neigen, dieses Ermessen, das die Macht, die Rechtsmacht der Rechtsanwender ist, möglichst einzuschränken. Aber auch im äußersten Grenzfalle der Ermessensfreiheit ist das Gesetz und sohin die Bindung der Rechtsanwender durch das Gesetz nicht ganz ausgeschaltet. Das Grundgesetz, das den Richterkönig als solchen einsetzt und überhaupt bestimmt, daß gerichtet, individuelles Recht gesetzt, Zwang geübt werde, das ist stets vorhanden, und sei es auch nur vorausgesetzt. Nie also ist das Ermessen vollkommen frei, ohne jede den im freien Ermessen stehenden Akt bestimmende Norm, da es sonst nicht möglich ist, diesen Akt als Rechtsakt, den ihn setzenden Menschen als Staatsorgan zu begreifen; und niemals ist das Ermessen vollkommen gebunden, weil sonst der im Ermessen stehende Akt überhaupt unmöglich wäre. Kommt in dem Begriff der „Anwendung" des Gesetzes die Gebundenheit des individuellen Rechtsaktes zum Ausdruck, so bezieht sich der Begriff des „innerhalb der Schranke des Gesetzes" nur „gemäß" dem Gesetz tätig sein auf die dem individuellen Rechtsakt vom Gesetz notwendigerweise gelassene Freiheit. Es ist sinnlos, die Rechtsakte in solche zu scheiden, die gebunden, und solche, die frei sind, weil alle Rechtsakte beides sind; und diese ganze Unterscheidung bedeutet nur den Versuch, gewisse Akte ihres Rechtscharakters zu entkleiden, indem man sie für wesentlich frei erklärt.

H. Verwaltung und Regierung.

Auf dem prinzipiellen Gegensatz, den die herrschende Lehre zwischen gebundener und freier Tätigkeit des Staates annimmt, beruht auch die Unterscheidung einer vierten Staatsfunktion neben Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung oder eines besonderen Gebietes innerhalb der letzteren: der Regierung. Indem man das Verhältnis zwischen freier und gebundener Tätigkeit des Staates ganz allgemein dahin charakterisiert, daß jene die zeitlich wie logisch primäre sei, diese aber auf jener beruhe und von ihr der Richtung nach bestimmt werde, indem man weiter einen Bereich vollkommener, von keiner Rechtsnorm eingeschränkter Aktionsfreiheit als wesensnotwendig für den Staat erklärt, bezeichnet man entweder diesen ganzen Bereich als Regierungstätigkeit des Staates und stellt ihn der Gesetzgebung sowie der — mehr oder weniger gebundenen — Verwaltung und Rechtsprechung gegenüber; oder man läßt als Regierung nur den rechtlich ungebundenen Bereich der Verwaltung gelten.

Worauf es dieser ganzen Begriffsbildung offenbar ankommt, ist dies: die Vorstellung zu erzeugen und womöglich „theoretisch" sicherzustellen, daß dasjenige, was man „Regierung" eines Staates nennt, außerhalb jeder rechtlichen Beurteilung stehe, daß die „Regierung" sich in einem rechtsfreien Raume bewege.

Untersucht man den Tatbestand, der in dem Begriff der wesentlich rechtsfreien Regierung zum Ausdruck kommen soll, so zeigt sich, daß diese Formel nicht zutrifft und nach all dem, was bisher schon ausgeführt wurde, gar nicht zutreffen kann. Und wenn es vielleicht auch scheinen mag, daß sich die Formel der rechtsfreien Regierung nur um eine Nuance von einer korrekten Begriffsbildung entfernt, so muß dennoch auf eine Richtigstellung gedrängt werden, weil man hinter der scheinbar so unbedeutenden Differenz eine offenkundig politische Absicht bemerkt, die verstimmt.

„Freie" Tätigkeit des Staates glaubt man vor allem auf dem Gebiet der Gesetzgebung zu sehen. Zwar ist Gesetzgebung — dem Verfahren nach — durch Verfassungsrechtssätze eingehend geregelt; es ist insbesondere auch bestimmt, wer allein ermächtigt ist, Gesetzesanträge zu stellen, also die Initiative für diese und somit für alle übrige, auf den Gesetzen beruhende Funktion des Staates zu ergreifen. Aber — von gewissen Ausnahmen abgesehen, wo die Erlassung bestimmter Gesetze verfassungs- oder staatsvertragsmäßig vorgeschrieben ist — sind die Mit-

glieder des Parlamentes ebenso wie die Minister und — wo ein solcher besteht — der Monarch nicht zur Stellung inhaltlich bestimmter Initiativanträge rechtlich verpflichtet. Die Funktion der Parlamentsmitglieder und des Monarchen ist in der Regel überhaupt nicht pflichtmäßig statuiert. Die Akte der ersteren sollen durch den Begriff der „Regierung" nicht gedeckt werden, der letztere aber kommt — in der konstitutionellen Monarchie — als selbständiges Regierungsorgan — wie noch zu zeigen sein wird — gar nicht in Betracht: er kann nur zusammen mit den verantwortlichen Ministern wirken. Diese aber sind zu ihrer Gesamtfunktion innerhalb des ihnen gesetzlich übertragenen Wirkungskreises rechtlich verpflichtet. Es ist somit auch ihre Rechtspflicht, wenn und wie es das Staatsinteresse fordert, die Initiative im Gesetzesverfahren zu ergreifen. Nur daß eben die Entscheidung der Frage, ob ein Interesse gegeben und wie es am besten zu befriedigen sei, zunächst ihrem Ermessen überlassen ist. Die als Regierungstätigkeit auszuübende Gesetzesinitiative ist somit keineswegs eine durch keinerlei Rechtsnormen bestimmte Funktion, sondern stellt nur einen Fall rechtlich gebundenen — wenn auch relativ sehr freien — Ermessens dar. Ebenso liegt es auf dem Gebiete der auswärtigen Politik, die ganz besonders als das Feld der „Regierung" bezeichnet wird; und wesentlich nicht anders, sofern es sich um die Leitung des Kriegswesens, um Beamtenernennung und Begnadigung oder Verleihung von Auszeichnungen handelt. Stets ist das verantwortliche Regierungsorgan zwar im allgemeinen zur Setzung von Akten des internationalen Verkehres, der Kommandogewalt usw. verpflichtet, sofern ihm eben ein derartiges Ressort als Pflichtenkreis übertragen ist. In der Regel aber hat das Organ selbst zu entscheiden, ob die Bedingung gegeben ist, unter der es derartige Akte zu setzen hat: das Interesse des Staates, und welchen Inhalt der Akt haben muß, damit dieses Interesse gewahrt werde. Solche Rechtslage ergibt sich übrigens nicht nur für die obersten Verwaltungsorgane auf den eben bezeichneten Gebieten, sondern ist auch im Bereiche der unmittelbaren Verwaltung durch den Staat bei Verwaltungsakten untergeordneter Organe häufig. So z. B. wenn es sich um Akte der Fürsorge handelt und das verwaltende Organ nach freiem Ermessen zu entscheiden hat, ob überhaupt der Fürsorgefall gegeben sei oder nicht. „Regierung" liegt aber darum nicht vor.

Auch wenn die staatliche Funktion — was nicht selten der Fall ist — gar nicht als Rechtspflicht, sondern als „subjektives Recht" statuiert wird, so z. B. die Wahl des Parlamentes, die durch die — nur dem Verfahren nach geregelte — Stimmabgabe der Wähler geregelt ist, die meist rechtlich nicht verpflichtet sind, ihre Stimme abzugeben, und nie verpflichtet sind, ihre Funktion in einem bestimmten Sinne auszuüben, kann nicht von einer gänzlich rechtsfreien Funktion gesprochen werden. Obgleich hier der Grad der Freiheit ein noch höherer ist als bei den früher besprochenen Funktionen, ist nicht ernstlich daran zu denken, die Stimmabgabe der Wähler als „Regierung" gelten zu lassen. Die Funktion des — unverantwortlichen — Monarchen ist allerdings von der gleichen juristischen Struktur, doch kann sie im modernen Staat — wie bereits früher bemerkt — nur in Verbindung mit der pflichtmäßigen Tätigkeit verantwortlicher Minister in die Erscheinung treten. „Regierung" liegt aber nicht nur vor, wenn oberste Verwaltungsorgane innerhalb eines ihnen von der Verfassung oder den Gesetzen eingeräumten weiten Spielraums freien Ermessens tätig werden; sondern auch dann, wenn diese obersten Verwaltungsorgane in Vollziehung eines die Ermessensfreiheit sehr einschränkenden Verwaltungsgesetzes an die zur unmittelbaren Anwendung des Gesetzes berufenen Unterorgane allgemeine, richtunggebende Direktiven — eventuell in Form von Erlässen, Verordnungen — erteilen. Diese richtunggebende Tätigkeit oberster Verwaltungsorgane scheint also in erster Linie das Moment zu sein, das innerhalb der Verwaltung einen besonderen Bereich als Regierung hervortreten läßt. Die Tatsache einer besonders weiten Ermessensfreiheit

spielt dabei eine nur sekundäre Rolle. Von einer rechtsfreien Sphäre aber kann überhaupt keine Rede sein. Die rechtspolitische Anschauung, daß es nützlich sei, für gewisse Staatstätigkeiten, wie die auswärtigen Angelegenheiten, das Kriegswesen usw. einen möglichst weiten Spielraum freien Ermessens einzuräumen, bleibt dabei natürlich unberührt.

Der übliche ebenso wie der hier entwickelte Begriff der Regierung ist ein rein formaler und kann — sofern eben über den Inhalt der Regierungstätigkeit in diesem Begriff nichts ausgesagt wird und auch nichts ausgesagt werden kann — nur ein formaler sein. Mit deutlicher Spitze gegen eine „formalistische" Staatslehre überhaupt und gegen die bisherigen durchaus formalen Bestimmungen des Regierungsbegriffes im besonderen wurde neuestens der Versuch gemacht, einen inhaltlich bestimmten Begriff der Regierung zu geben. Ihm zufolge soll Regierung jener Teil der Verwaltung im weitesten Sinne sein, der in den Kreis der Politik falle, d. h. in dem der Staat sich und sein Wesen bestimmt und durchsetzt; die Verwaltung im engeren Sinne aber sei jener Teil, in dem der Staat anderen Zwecken diene oder nur die technischen Mittel für seine politischen Funktionen schaffe (Smend). Ganz abgesehen davon, daß schließlich alle Staatsfunktion dahin verstanden werden kann, daß der Staat in ihr „sich und sein Wesen bestimmt und durchsetzt", ist damit eine noch viel formalere, weil noch viel allgemeinere Bestimmung gegeben, als die übliche Definition der Regierung ist. Die „Regierung" durch das „Wesen des Staates" zu bestimmen, kann begreiflicherweise nur den Effekt haben, daß der zu bestimmende Begriff noch farbloser, daß er im Grunde gänzlich nichtssagend wird.

I. Justizmäßigkeit der Verwaltung.

Sicherlich ist die Theorie von der Verwaltung als wesentlich „freier" Staatstätigkeit zum Teil auch daraus zu erklären, daß die als „Verwaltung" bezeichnete Staatstätigkeit ursprünglich nicht so wie die durch Gerichte besorgte Justiz durch generelle Normen materiellen Inhalts weitgehend bestimmt war. In der absoluten Monarchie hatte der Monarch wenig Veranlassung, seine ihm durch die Verfassung erteilte Ermächtigung zu beliebiger Rechtssetzung gerade nach dieser Richtung hin durch „Gesetze" besonders einzuschränken. Aber schon in der konstitutionellen Monarchie, wo die Grundlage der individuellen Rechtssetzung nicht mehr der Wille des Monarchen allein, sondern das „Gesetz" als sanktionierter Beschluß des Parlaments ist, dort bedarf es, soll der Staat seine Verwaltungstätigkeit nach irgendeiner Richtung ausdehnen, eines deutlich in die Erscheinung tretenden Gesetzes. Das mag ganz allgemein gehalten sein und den Verwaltungsbehörden weiteren Spielraum freien Ermessens gewähren als die Justizgesetze, deren schon die absolute Monarchie eine Menge kennt, den Gerichten einzuräumen pflegen. Allein im Laufe der Entwicklung gleicht sich dieser Unterschied fast vollkommen aus. Je bedeutsamer die individuellen Interessen werden, in die die Verwaltungsgesetze eingreifen, je größer die Macht des Parlaments dem Monarchen gegenüber wird, der an dem freien Ermessen der ihm unterstellten Verwaltungsorgane begreiflicherweise interessiert ist, desto justizmäßiger wird nicht nur das Verwaltungsverfahren, sondern desto detaillierter werden auch die materiellen Verwaltungsgesetze, desto genauer regeln sie die Tätigkeit der Verwaltung. Auf der anderen Seite aber machen sich wieder mannigfache Tendenzen geltend, die allzu weitgehende Bindung der Gerichte — der absolute Monarch, der die Gerichte unabhängig machen mußte, hatte ein Interesse, sie wenigstens durch seine Gesetze möglichst zu binden! — zu lockern, die Ermessensfreiheit der Gerichte zu erweitern.

K. Politische Tendenzen der herrschenden Theorie der Verwaltung.

Wenn angesichts dieser Situation die Lehre von der „Freiheit" der Verwaltung noch immer aufrecht erhalten wird, so muß hinter solcher dem positiven Recht

und den eigenen logischen Voraussetzungen widersprechender Position der Theorie eine politische Tendenz vermutet werden. Sie tritt deutlich hervor, wenn auf die entschiedenste Weise und ungeachtet aller Widersprüche, in die man dadurch gerät, versucht wird, der Verwaltung unter den drei Funktionen des Staates den ersten Rang zuzuerkennen. Man erklärt sie für die einzig wesentliche Funktion, die historisch allen anderen vorangegangen sei, und zu der erst später Gesetzgebung und Rechtsprechung hinzugetreten sei. Man behauptet, daß nur die Verwaltung eine notwendig permanente Funktion des Staates sei, während die beiden anderen nur intermittierenden Charakter hätten, der Staat zwar ganz ohne Gesetzgebung, zeitweise auch ohne Rechtsprechung, keinen Augenblick aber ohne Verwaltung existieren könnte. Denn diese sei auch die umfassendste Funktion, indem ihr die Vorbereitung der Gesetze und die Vollziehung der richterlichen Urteile zufalle (Jellinek). All das ist offenbar unrichtig oder eine durchaus schiefe Deutung des Tatbestandes. Versteht man unter Verwaltung die üblicherweise so bezeichnete materielle Staatsfunktion, dann hat es ursprünglich überhaupt keine Verwaltung, sondern nur Rechtsprechung gegeben. Der primitive Staat ist eine Ordnung, die sich auf Zwangsakte gegen gewisse, für sozialschädlich gehaltene Tatbestände, also auf sogenannte Strafe und Krieg beschränkt. Daß es keine „Gesetzgebung" gibt, bedeutet aber nicht, daß es kein Gesetz im Sinne genereller Norm gibt. Auch die gewohnheitsmäßige Erzeugung genereller Normen ist „Gesetz"gebung in jenem Sinne, in dem das Wesen dieser Staatsfunktion zum Ausdruck kommt. Sicherlich ist Gesetzgebung als bewußte Setzung genereller Normen durch arbeitsteilige Organe in normalen Zeiten eine bloß intermittierende Tätigkeit. Allein relativ permanent ist die Verwaltung nicht mehr als die Rechtsprechung im traditionellen Sinne. Im übrigen hat auch die Gesetzgebung mit zunehmender Macht des Parlaments die Tendenz, sich zu intensivieren und permanent zu werden. Was aber das Umfassende der Verwaltung betrifft, so ist das eine offenbare Selbsttäuschung. Will man die Vorbereitung eines Gesetzentwurfes überhaupt als Rechtsakt begreifen, dann kann es sich nur um Stadien des Gesetzgebungsverfahrens, also um die Gesetzgebungs- und nicht um die Verwaltungsfunktion des Staates handeln. Daß dieser Vorbereitungsakt in den modernen Demokratien in der Regel — keineswegs ausnahmslos — von Verwaltungsbeamten, den Hilfsorganen der Regierung, besorgt wird, bedeutet nicht, daß dieser Akt dadurch zu einem Verwaltungsakt wird, sondern nur, daß diese Verwaltungsbeamten zu Gesetzgebungsorganen werden. Ebenso ist es bei der Exekution richterlicher Urteile. Sie ist Gerichts-, nicht Verwaltungsfunktion, und wenn das die Exekution setzende Organ nicht unabhängig ist, jedenfalls Rechtsprechung.

Ihren eigentlichen Sinn enthüllt diese seltsame Theorie in den Konklusionen, die sie aus den so geschaffenen Prämissen zieht. Da die Verwaltung das Ursprüngliche ist, ändert sie ihre Stellung durch Hinzutritt der Gesetzgebung. Diese — als generelle Rechtsordnung, als Recht schlechthin gedeutet — unterwirft sich allmählich immer größere Stücke der — a priori vom Recht unabhängigen — Verwaltung. „Die Verwaltung", das ist offenbar der vom Recht unabhängige „Staat"! Natürlich — so lehrt man — unterwirft sich das Recht weder das ganze Gebiet der Verwaltung, noch unterwirft es sich die Verwaltung, so wie es sich die Rechtsprechung unterwirft: ganz. Es setzt dieser von ihm unabhängigen Verwaltung eben nur gewisse „Schranken". Und auch das soll nur für den modernen Staat gelten, der auf solche Weise zum Rechtsstaat wird: dem Staat, in dem die Gesetze herrschen, die Verwaltung, durch Rechtsregeln eingeschränkt, geübt wird; aber doch nicht vornehmlich rechtlich beurteilt werden darf! Worauf all diese Begriffsverwirrung hinauswill, ist: daß man die Verwaltung zwar einerseits doch irgendwie als Rechts- und als Staatsfunktion verstehen, andererseits aber auf diesem Gebiete die lästigen Bindungen des Rechts möglichst beiseite schieben will. Verwaltungsakte sollen nicht nach so strengen Rechtsregeln beurteilt werden wie Gerichtsakte. Hier sollen auch

Akte, die sich nicht als rechtmäßig legitimieren, als Staatsakte gelten können. Hier soll aus dem Wesen des Staates bewiesen werden, daß eine rechtliche Bindung nicht oder doch nicht in dem vollen Maße möglich oder rechtswirklich ist. Ihren reinsten Ausdruck erhält diese Theorie in der Lehre, die ausdrücklich behauptet, daß der Verwaltungsakt seine Geltung, bzw. die an ihn geknüpften Rechtswirkungen nicht aus einem über ihm stehenden Gesetze hole, daß er eines solchen — zum Unterschied vom Gerichtsakt — gar nicht bedürfe, sondern seine rechtliche Kraft in sich selbst trage. Bedenkt man, daß diese ganze Theorie der Verwaltung auf dem Boden der konstitutionellen Monarchie entstanden ist, daß hier der Monarch als Chef der Verwaltung gilt, die eminentesten Interessen des Monarchen durch die Verwaltung realisiert werden, dann versteht man, welche politischen Tendenzen zu jener beispiellosen Verrenkung der Staatslehre gedrängt haben. (Vgl. S. 88**ff.**)

L. Die sogenannten „außerordentlichen“ Staatsfunktionen: Der Krieg als Rechtsakt.

Diese politischen Tendenzen machen sich zum Teil auch in einer Unterscheidung der ordentlichen von den sogenannten außerordentlichen Staatsfunktionen geltend. Als außerordentliche Staatsfunktion, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung oder Verwaltung ist, wird der Krieg bezeichnet. Er steht demgemäß außerhalb des Rechts überhaupt, wenn auch zugegeben werden muß, daß er völkerrechtlich geregelt, also eingeschränkt werden kann. Daß der Krieg als Funktion des Staates nur auf Grund einer die Zurechnung ermöglichenden Rechtsordnung begriffen werden kann, und daß er ein durch das Völkerrecht oder die einzelstaatliche Rechtsordnung statuierter Zwangsakt, also ein Rechtsakt auch tatsächlich ist, versteht sich aus den früheren Ausführungen. Doch kann — was schon in anderem Zusammenhange von Bedeutung wurde — der Staat als „Person“ nur Subjekt, niemals Objekt des als „Krieg“ bezeichneten Zwangsaktes bzw. des so bezeichneten Inbegriffs von Zwangsakten sein. Die Zurechnung kann stets nur zu einem Subjekt, nicht zu einem Objekt erfolgen. So wie sich ja auch der Zwangsakt der Strafe oder Zivilexekution nicht gegen ein Rechtssubjekt, sondern nur gegen den Menschen als Objekt richtet. (Vgl. S. 48f.) Und so richten sich auch — wie bereits in anderem Zusammenhange angedeutet (vgl. S. 212) — die unter dem Begriff des Krieges zusammengefaßten Zwangsakte gegen Menschen, denn nur Menschen werden getötet, verwundet, gefangengenommen, nicht der Staat oder auch nur Teile des Staates. Hier ist eine Zurechnung — wenigstens im rechtlichen Sinne — gänzlich ausgeschlossen. Daß sich nach Völkerrecht die als Krieg bezeichneten Zwangsakte grundsätzlich nur gegen Menschen richten dürfen, die — sofern sie selbst solche Zwangsakte setzen — Organe des gegnerischen Staates, Angehörige der bewaffneten Macht des gegnerischen Staates sind, dieser Rechtssatz des positiven Völkerrechts bleibt durch die hier vertretene Deutung gänzlich unberührt.

Bemerkenswert ist nur, daß die herrschende Lehre den Krieg ausdrücklich als außerhalb der Rechtssphäre stehend behauptet, während sie der Verwaltung gegenüber nur zögernd und vielfach inkonsequent eine teilweise Exemption vom Recht versucht; obgleich sie die Verwaltung nicht anders als den Krieg als eine Art faktischer Tätigkeit, durch Rechtsnormen allerdings eingeschränkt, charakterisiert.

§ 36. Die Verfassung.

(Verfassung im rechtslogischen und im positivrechtlichen Sinne.)

A. Subordination, nicht Koordination der Staatsfunktionen. Stufentheorie.

Staatsfunktion ist Rechtsfunktion. Die auf sie gerichtete Lehre will das Recht in Funktion, will die spezifische Selbstbewegung des Rechts, das Recht unter dem

Gesichtspunkt seiner Dynamik begreifen. Darum ist Staatsfunktion Rechtserzeugungsfunktion: der stufenweise fortschreitende Prozeß der Normsetzung. Was die traditionelle Theorie als die drei Gewalten oder Funktionen des Staates hervorhebt, das sind nur durch die positivrechtliche Gestaltung besonders ausgezeichnete oder sonstwie politisch bedeutsame relative Ruhepunkte des Rechtserzeugungsprozesses. Es liegt somit nicht — wie von der traditionellen Theorie nicht ohne politische Tendenzen behauptet wird — ein Nebeneinander mehr oder weniger beziehungsloser oder gar wesensverschiedener Funktionen, sondern ein Über- und Untereinander einander bestimmender Rechtserzeugungsstufen vor. Dieser Stufenbau mündet in der die Einheit der Rechtsordnung in ihrer Selbstbewegung begründenden Grundnorm. Indem diese allererst ein das Recht erzeugendes Organ einsetzt, bildet sie die Verfassung in einem rechtslogischen Sinne. Und indem der solcherweise geschaffene Gesetzgeber Normen setzt, die die Gesetzgebung selbst regeln, entsteht — als nächste Stufe — die Verfassung im positivrechtlichen Sinne. Doch liegt die „Konstitution", d. h. die Konstituierung der einzelstaatlichen Rechtsordnung, die Begründung ihrer Einheit, eigentlich in der als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichneten, nicht gesatzten, sondern nur vorausgesetzten Grundnorm. Denn auf ihr beruht der erste, noch durch keine positivrechtliche, d. h. hier: gesatzte Norm bestimmte Akt der Gesetzgebung. In ihr — der Grundnorm — ruht auch die Identität des Staates. Wenn schon die antike Staatslehre das Problem der Identität des Staates auf die Identität der Verfassung abgestellt hat, so war damit, freilich noch unbewußt, nicht so sehr der positivrechtliche als vielmehr der rechtslogische Verfassungsbegriff gemeint. Der Staat bleibt derselbe, auch wenn sich seine Verfassung positivrechtlich, nämlich in den von der Verfassung selbst vorgeschriebenen Formen ändert. Die Änderung kann noch so einschneidend sein, so ist doch — erfolgt sie gesetzmäßig — schlechterdings kein Grund vorhanden, mit der geänderten Verfassung einen neuen Staat anzunehmen. Nur wenn die Verfassungsänderung als Verfassungsbruch erfolgt, d. h. wenn man — um sie als gültig anzusehen — eine andere Grundnorm voraussetzen muß als jene, auf der die alte Verfassung beruhte, dann kann von einem neuen Staate gesprochen werden.

Steigt man freilich zum Völkerrecht als der über der einzelstaatlichen Rechtsordnung stehenden Stufe auf, erkennt man die die Individualität einzelstaatlicher Ordnung begründende Grundnorm als einen durch generellen Völkerrechtssatz bestimmten Grundtatbestand (vgl. S. 126ff.), dann bedeutet der Verfassungsbruch nur eine relative Diskontinuität; denn was vom Standpunkte der einzelstaatlichen Rechtsordnung noch als Rechtsbruch, als gesetzwidrige Änderung erscheint, stellt sich von dem höheren Standpunkte des Völkerrechts schließlich doch als eine gesetzmäßige, dem Rechtssatz des Völkerrechts entsprechende Änderung dar.

Die Abfolge der Rechtserzeugungsstufen von der Grundnorm über die Verfassung im positivrechtlichen Sinne, die Gesetze, Verordnungen und individuellen Rechtsakte, charakterisiert sich durch einen eigentümlichen Parallelismus von Seinstatbestand und Norm. Die Norm jeder höheren Stufe umschreibt — als Bestandteil ihres Inhalts — einen Tatbestand, der als Rechtserzeugung der niederen Stufe zu gelten hat. Damit der Rechtsprozeß fortschreite, muß der von der Norm höherer Stufe bestimmte Tatbestand tatsächlich gesetzt werden. Es muß ein Parlamentsbeschluß faktisch gefaßt, eine Willensäußerung des Monarchen, ein Urteilsspruch des Richters usw. effektiv erfolgen, kurz ein physisch-psychischer Akt gesetzt werden, der die Norm niederer Stufe trägt. Der rechtserzeugende Akt erhält als solcher von der Norm höherer Stufe seine spezifische Qualifikation als rechtserzeugender Tatbestand; die von ihm getragene Norm wiederum qualifiziert den Tatbestand der Erzeugung einer Norm noch niederer Stufe. Unter Beachtung des wichtigen Unterschieds zwischen normsetzendem Akt und von diesem Akt gesetzter Norm kann man sagen: Was gegenüber der höheren Stufe Tatbestand ist, erscheint

gegenüber der niederen als Norm. Die an höchster Stelle stehende, nur mehr theoretisch vorausgesetzte, nicht aber als Tatbestand gesetzte Grundnorm auf der einen Seite und der letzte Akt, durch den die individualisierte Norm vollzogen wird, sind die beiden Grenzfälle der reinen Norm (die nach oben kein Tatbestand mehr ist) und des reinen Tatbestandes (der nach unten nicht mehr Norm ist). Am Ende — oder am Anfang, je nach der Blickrichtung — steht das Wort oder die Tat.

Sieht man die Rechtsordnung als ein System stufenweise abfolgender Normschichten, erkennt man dadurch die Erzeugung jeder Norm als einen durch die höhere Norm bestimmten, den Inhalt der höheren Norm bildenden Tatbestand, begreift man so die Erzeugung des Rechts selbst und, bei der Relativität des Gegensatzes von Rechtserzeugung und Rechtsvollziehung, auch diese als Rechtsproblem und sohin die Rechtsordnung als ein seine eigene Erzeugung bzw. Vollziehung regulierendes Normensystem, als einen spezifischen Erzeugungszusammenhang: dann stellt sich solcher dynamischen Betrachtung gegenüber die Positivität des Rechts als eine stufenweise Konkretisierung dar. Darum ist es durchaus zutreffend, wenn behauptet wurde, eine Rechtsordnung sei positiv, wenn und solange sie sich konkretisiert (Verdross). Nur daß damit freilich die im Begriffe der Positivität gelegene Beziehung der Norm auf das Faktum, des Sollens auf das Sein, keineswegs beseitigt ist. Es wäre Selbsttäuschung, zu glauben, daß damit die Positivität als ein dem Rechtssystem restlos immanentes Problem aufgelöst sei. Vielmehr wiederholt sich das Problem der Beziehung zwischen dem System des Rechts, als Norm, und dem System der — der Norm entsprechenden — Wirklichkeit, als der Wirklichkeit der Natur, auf jeder Stufe der Rechtsordnung immer wieder von neuem.

B. Die positivistische Theorie der hypothetischen Grundnorm und die naturrechtliche Lehre vom staatsbegründenden Vertrag.

Der hier entwickelte Begriff der Grundnorm oder Verfassung im rechtslogischen Sinne entspricht bis zu einem gewissen Grade dem für die Naturrechtstheorie so bedeutsamen Begriff des den Staat allererst konstituierenden Urvertrages oder Gesellschaftsvertrages. Es ist, im Grunde genommen, das gleiche theoretische Bedürfnis nach einer einheitlichen Voraussetzung, von der aus die Einheit der staatlichen Ordnung in der Vielheit der staatlichen Rechtsakte begründet wird, die rein faktischen Machtverhältnisse als Rechtsbeziehungen begriffen werden können, das hier notwendig zur Grundnorm, wie in der Naturrechtstheorie zum Grundvertrag führt. Es ist nur eine primitive Darstellung, wenn die letzte normative Voraussetzung, auf der sich der Rechtscharakter der sozialen Relationen, die rechtliche Bindung und Verbindung der die soziale Gemeinschaft bildenden Glieder gründet, als Vertrag bezeichnet wird. Denn der Vertrag ist der geläufigste Tatbestand, den man im täglichen Leben die Verbindlichkeit begründen sieht. Über diesen Tatbestand dringt der naive Blick gewöhnlich nicht hinaus, an ihm bleibt er haften. Und so wird der Vertrag zum Ausdruck rechtlicher Bindung überhaupt. Was nur ein spezieller Tatbestand ist, an den die generelle Rechtsnorm die Rechtspflicht als solche knüpft, wird — eine pars pro toto, ein gebräuchlicher Gedankensprung, eine beliebte Abkürzung des primitiven Denkens — zum Symbol der Rechtsnorm überhaupt. Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß der gleiche Gedanke wie im Begriff des Ur-Vertrages in dem mit ihm verwandten, ja zum Teil sogar mit ihm identifizierten Begriff des „Grundgesetzes" oder Fundamentalgesetzes, der lex fundamentalis, auftritt, der in der naturrechtlichen Theorie eine bedeutende Rolle spielt und den rechtstheoretischen Gedanken der Grundnorm oder Verfassung im rechtslogischen Sinne beinahe rein zum Ausdruck bringt.

Allerdings ist es auch ein zweites Motiv, das die rechtstheoretisch notwendige Voraussetzung gerade als Vertrag erscheinen läßt. Es ist — wie bereits in anderem

Zusammenhange ausgeführt (vgl. S. 35f.) — der durchaus individualistische Gedanke, daß die Geltung jeder Norm, daß jede normative Bindung nur im Willen des Individuums ihre letzte Rechtfertigung finde. Hinter dem Tatbestand des Vertrags steht die Grundnorm: „du sollst nur, was du willst". Auf Vertrag wird die Staatsordnung zurückgeführt, weil sie auf der Zustimmung der Normunterworfenen begründet werden soll. Hier beginnt die spezifisch naturrechtliche Wendung des rein rechtstheoretischen Prinzips, das in der Vertragslehre steckt. In dieser extremindividualistischen, Staat und Recht letztlich negierenden, weil den Gegensatz von Sein und Sollen aufhebenden Tendenz liegt der Grundirrtum der Naturrechtstheorie, den sie dann durch widerspruchsvolle Fiktionen zu kompensieren gezwungen ist, um die für Staat und Recht, ja für alle Gesellschaft wesensnotwendige objektive, von dem Wünschen und Wollen der Unterworfenen unabhängige Geltung der sozialen Ordnung zu erreichen. Statt schlicht, d. h. hypothetisch (relativ) und formal zu behaupten: Daß die einen nicht nur faktisch befehlen und die anderen nicht nur faktisch gehorchen, sondern daß die einen von Rechts wegen befehlen sollen und die anderen von Rechts wegen gehorchen sollen, das kann nur unter der Voraussetzung einer Norm angenommen werden, die eine oberste Autorität einsetzt, auf deren mittelbare oder unmittelbare Delegation alle Befehlsakte — als Normsetzungsakte — zurückgehen; behauptet die Naturrechtstheorie apodiktisch (absolut) und material: Die Menschen haben vereinbart, daß die einen befehlen und die anderen gehorchen sollen. Weil an Stelle der reinen, bloß vorausgesetzten und nicht als Tatbestand gesetzten Norm ein Tatbestand als Grundlage gewählt wird, wird, was nur eine die Einheit der Rechts- oder Staatsordnung begründende hypothetische Annahme ist, zu einem historischen Faktum mißdeutet und verliert durch solche Fiktion seinen ursprünglichen immanenten Sinn. Während die rechtstheoretisch zulässige, ja unentbehrliche Grundnorm keinen absoluten Inhalt, ja a priori überhaupt keinen Inhalt hat, sondern sich nach dem Material richtet, das als Recht einheitlich zu deuten ihre ausschließliche Funktion ist, hier also einen Autokraten, dort das Volk als oberste normsetzende Instanz einsetzt, nimmt der naturrechtliche Grundvertrag einen absoluten Inhalt an. Und gerade darin zeigt sich wieder der spezifisch naturrechtliche Charakter der Vertragstheorie, daß die einen Theoretiker dem Gesellschaftsvertrag, ein für allemal und mit Geltungsanspruch für überall und immer, einen demokratischen, die anderen aber in dem gleichen Sinne einen autokratischen Inhalt geben und dann gezwungen sind, den Widerspruch, der sich zwischen ihrem subjektiven Standpunkt und dem objektiven positiven Recht ergibt, durch künstliche Fiktionen zu überbrücken. Im Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Kompaziszenten, sich in Hinkunft dem Willen der Mehrheit zu fügen, behauptet die demokratische Naturrechtstheorie — obgleich vielleicht der positive Staat eine autokratische Verfassung hat. Im Gesellschaftsvertrag hat das Volk einem absoluten Monarchen alle Gewalt übertragen, behauptet die autokratische Naturrechtstheorie — obgleich vielleicht die positive Staatsordnung einem Parlament allein oder in Verbindung mit einem Monarchen des Gesetzgebungsrecht überträgt. Dem positiven Recht als der Rechtswirklichkeit steht das Naturrecht hilflos gegenüber. Eben darum ist der Gesellschaftsvertrag des Naturrechts unfähig, eine Theorie des positiven Rechts zu begründen, obgleich auch die Naturrechtslehre eine solche Theorie des positiven Rechts sein — das positive Recht mit ihrer Theorie nicht bloß inhaltlich beeinflussen, sondern auch begreifen, erkennen wollte.

C. Die Verfassung im formellen und im materiellen Sinne (pouvoir constituant).

Die individualistische Tendenz der Naturrechtstheorie, die an Stelle der Grundnorm den Vertragstatbestand schiebt, führt auch zu weiteren Abweichungen von der Linie positiver Rechtstheorie. Die vorausgesetzte Grundnorm, auf deren Iden-

tität die Identität der als Staat auftretenden Rechtsordnung beruht, drückt sich — etwas naiv — in dem Gedanken der Unabänderlichkeit des Urvertrages aus. Eine Änderung des Grundvertrages bedeutete — wie die Naturrechtstheorie einsah — eine Aufhebung des auf ihm gegründeten Staates, die Setzung eines neuen Staates. Allein weil der reine Gedanke der hypothetischen Grundnorm durch seine Darstellung als Vertragstatbestand getrübt wird, wandelt sich das streng logische Prinzip der Unabänderlichkeit in das opportunistisch-politische Postulat der Möglichkeit bloß einstimmiger Abänderung des — angeblich einstimmig geschlossenen — Grundvertrages. Damit schiebt sich aber an Stelle einer rechtstheoretischen Voraussetzung zur Erfassung des positiven Rechts die Vorstellung gewisser besonders wichtiger, die obersten Normsetzungsorgane betreffender positiver, d. h. gesatzter Rechtsnormen. Der Begriff der Verfassung im rechtslogischen Sinne wird mit dem Begriff der Verfassung im positivrechtlichen Sinne vermengt und eine logische Qualifikation der ersteren — nicht ohne eine dadurch unvermeidliche Denaturierung — auf die letztere übertragen. Wenn die Naturrechtstheorie dem Grundvertrag oder dem Grundgesetz, der lex fundamentalis, eine „höhere" Geltung zuerkennt als den auf Grund derselben geschaffenen Rechtsnormen, so verwischt sie — weil Grundvertrag und Grundgesetz als abänderbare Normen vorgestellt werden — die grundsätzliche Differenz zwischen Geltung vorausgesetzter und Geltung gesatzter Norm und schiebt an ihre Stelle die bloß graduelle Differenz zwischen schwer und leicht abänderbaren positiven Rechtsnormen. Und nur gesatzte positive Rechtsnormen, nicht aber die vorausgesetzte hypothetische Grundnorm, können im positivrechtlichen Sinne abgeändert werden! Daß die gesatzten Normen über die obersten normsetzenden Organe nur einstimmig, d. h. mit Zustimmung aller Normunterworfenen, abgeändert werden können, ist mangels positivrechtlicher Begründung eine „naturrechtliche" Behauptung. Aber auch als rechtspolitische Forderung ließe sie sich kaum halten. Sie schwächt sich daher auch zu der Forderung einer erschwerten Abänderung der die obersten Normsetzungsorgane betreffenden Rechtsnormen, d. i. der Verfassung im materiellen Sinne, ab und begründet so den Begriff der Verfassung im formellen Sinne.

Die Tendenz, eine Veränderung der Grundlagen der gesamten Staatsordnung zu erschweren, entspringt dem Bedürfnis nach Stetigkeit der Rechtsentwicklung. Doch kann darin auch die Absicht zum Ausdruck kommen, die durch die Verfassung begründete Herrschaft einer bestimmten Gruppe zu befestigen. Zumal wenn es sich um eine demokratische, auf das Majoritätsprinzip aufgebaute Verfassung handelt, kann die Vorschrift einer qualifizierten Majorität für Verfassungsänderungen dem Willen der schon in die Minorität gedrängten Gruppe der ehemaligen Majorität die Möglichkeit bieten, eine ihr ungünstige Reform zu verhindern. Doch bedeutet die Erschwerung der Verfassungsänderung möglicherweise auch den Schutz nationaler, religiöser und sonstiger Minoritäten, sofern deren Interessen einmal rechtlich geschützt sind. Gerade der Garantie individueller Freiheitssphäre, insbesondere der religiösen Freiheit sollte die Institution nur einstimmig oder doch nur erschwert abänderbarer Rechtsnormen dienen. Der durchaus individualistische Gedanke einer von rechtlicher Bindung freien Sphäre des Individuums, in die der Staat mit seinen Zwangsakten — von Natur aus, a priori gleichsam — nicht eingreifen dürfe, operierte — historisch betrachtet — von allem Anfang an mit der Vorstellung vertragsmäßiger Begründung der Staatsordnung. Und so kam es, daß sich der Begriff der Verfassung auch auf die Festsetzung jener Grenze gegenüber der individuellen Freiheit erstreckte, über die hinaus die staatlichen Rechtsnormen überhaupt nicht, oder doch nur unter den erschwerenden Bedingungen der Verfassungsänderung greifen sollten. Unter Verfassung im materiellen Sinne versteht man demgemäß jene Normen, die sich auf die obersten Organe (Verfassung im engeren Sinne) und — wie man sich auszudrücken pflegt — das Verhältnis der Untertanen zur Staatsgewalt (Verfassung im

weiteren Sinne) beziehen. Die für die meisten modernen Verfassungen charakteristische Gliederung in Organisationsnormen und einen Katalog der sogenannten Grund- oder Freiheitsrechte beruht auf Jahrhunderte alter historischer Tradition. Von einer Verfassung im formellen Sinne spricht man, wenn zwischen gewöhnlichen und solchen Gesetzen unterschieden wird, die nur unter schwereren Bedingungen als die ersten zustandekommen und abgeändert werden dürfen. Dabei können begreiflicherweise auch Normen, die ihrem Inhalt nach, streng genommen, nicht zur Verfassung im materiellen Sinne gehören, in die Form von Verfassungsgesetzen gekleidet werden, weil irgendwelche politische Interessen dies nahelegen.

Durch den formellen Verfassungsbegriff wird innerhalb der Gesetzgebungsfunktion zwischen einfacher und Verfassungs-Gesetzgebung unterschieden. Ja mitunter wird sogar neben der gesetzgebenden Gewalt eine von ihr verschiedene verfassunggebende Gewalt, ein pouvoir constituant, angenommen und nicht dem gewöhnlichen Gesetzgebungsorgan, sondern einem eigens für die Verfassungsänderung gewählten, als „Konstituante“ fungierenden Parlament oder unmittelbar dem Volke — sei es der Volksversammlung, sei es bloßer Volksabstimmung — übertragen. Ebensowenig wie die „höhere“ Geltung der positivrechtlich gesatzten Verfassung läßt sich die positivrechtliche verfassungsgebende Funktion als eine qualitativ spezifische „Gewalt“ aus dem Wesen des Rechtes oder der Verfassung, also rechtstheoretisch, ableiten. Es kann sich bei der Lehre von dem pouvoir constituant nur um einen der positivrechtlich zu begründenden Fälle erschwerter Normänderung handeln. Die typischen Formen dieser Erschwerung sind: Neben qualifizierter — Zweidrittel- oder Dreiviertelmajorität — die Forderung einer größeren als der gewöhnlichen Zahl der Anwesenden als Bedingung der Beschlußfähigkeit (sogenanntes Quorum, die Hälfte oder zwei Drittel aller Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaft, gegenüber einem Drittel, das bei gewöhnlichen Gesetzen genügt), mehrmalige Beschlußfassung über die Verfassungsänderung, eventuell in aufeinander folgenden Sitzungs- oder Legislaturperioden, und schließlich die Übertragung der Verfassungsänderung auf eine eigene „Konstituante“ oder unmittelbar an das Volk. Letztere Maßnahme damit zu begründen, daß nur dem Volke die Verfassungsänderung zustehe, weil dieses letzte Quelle alles Rechts sei, ist Naturrecht.

D. Verfassungsurkunde und „ewige“ Verfassung.

Aus der Vorstellung, daß die Verfassung ein Vertrag sei, stammt auch die Forderung nach einer schriftlichen Verfassungsurkunde. Nicht so sehr die schriftliche Fixierung der einzenen Verfassungsnormen: denn diese steht in untrennbarem Zusammenhange mit der Frage des geschriebenen Rechts überhaupt, das mit der Überwindung des Gewohnheitsrechts durch von arbeitsteiligen Organen gesatztes Recht auf den Plan tritt. Ein spezifisches Problem ist erst der Gedanke einer die ganze Verfassung zu einem einheitlichen und abgeschlossenen Ganzen zusammenfassenden Urkunde. So wie man einen besonders wichtigen Vertrag in einer feierlichen Urkunde niederlegte, so dachte man auch den Verfassungsvertrag zu beurkunden, in Brief und Siegel auszustellen, und womöglich von den Gesetzgebern als vertragschließenden Parteien unterzeichnen zu lassen. Solche Staatsgründungen sind, als die unmittelbare Wirkung der naturrechtlichen Doktrinen, auch tatsächlich erfolgt. Bis heute geblieben ist die Vorstellung von der Notwendigkeit eines besonderen Verfassungsinstrumentes. Seine Zweckmäßigkeit ist — schon mit Rücksicht auf den Unterschied zwischen einem ein einmaliges Rechtsverhältnis begründenden, nicht als abänderungsbedürftig geschlossenen Privatvertrag und einer als Grundlage stetig wechselnder Rechtsnormen, als grundsätzlich abänderbar und abänderungs-, wie ergänzungsbedürftig gesetzten Verfassung — mehr als zweifelhaft. Weil die Verfassung, selbst wenn ihre Abänderung noch so erschwert wird, den geänderten Zeitbedürfnissen entsprechend dennoch stetig geändert wird, muß die einheitliche

Kodifikation, als welche sich eine die ganze Verfassung enthaltende Urkunde darstellt, immer wieder gesprengt werden. Der Gedanke einer einzigen Verfassungsurkunde setzt den Bestand einer geschlossenen, d. h. aber: endgültig abgeschlossenen, also nicht abänderbaren Verfassung voraus. Das ist die Verfassung im rechtslogischen, nicht die Verfassung im positivrechtlichen Sinne. Und daher setzen sich die Verfassungen der modernen Staaten meist aus einer Mehrheit von Verfassungsgesetzen zusammen, unter denen eines historisch wie politisch immerhin das Hauptgesetz, die Haupturkunde sein mag.

Es kann vorkommen, daß sich eine Verfassung selbst als „ewig" erklärt, oder daß einzelne Verfassungsbestimmungen als unabänderlich bezeichnet werden. Es entsteht dann die Frage, ob solche Verfassung oder solche Verfassungsbestimmung nicht doch geändert werden kann; von Rechts wegen geändert werden kann, denn die faktische Abänderungsmöglichkeit steht ja von vornherein außer Zweifel. Ebenso wie ja auch die Nichtbeobachtung der die Verfassungsänderung erschwerenden Vorschriften, oder der die Gesetzgebung betreffenden Normen überhaupt, faktisch ohne weiteres möglich und häufig auch wirklich ist. Vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsordnung, von dem allein aus diese Frage gestellt wird, ergibt sich die folgende Antwort: wie die Verletzung der die Rechtserzeugung betreffenden Norm — mangels anderer Bestimmung der Verfassung — Nichtigkeit der normwidrig gesetzten Norm bedeutet, d. h. eine normwidrige Setzung von Normen rechtlich unmöglich ist, so ist auch die Änderung einer als unabänderlich bezeichneten Verfassung oder Verfassungsbestimmung rechtlich unmöglich. Solche Unabänderlichkeitserklärung mag überaus unzweckmäßig sein, da sie sich faktisch gegenüber dem mit der Zeit immer stärker werdenden Änderungsbedürfnis nicht durchsetzen kann, rechtlich kann man sich über sie ebensowenig hinwegsetzen, wie über irgendeine die Normerzeugung betreffende Norm. Die als „Verfassungswandlung" bezeichnete Tatsache, daß sich die Handhabung der Verfassungsnormen allmählich und unmerklich dadurch ändert, daß den unverändert bleibenden Worten des Verfassungstextes ein anderer als der ursprüngliche Sinn beigelegt wird, oder daß sich eine zum Wortlaut und jedem möglichen Sinne der Verfassung in Widerspruch stehende Praxis bildet, ist kein den Verfassungsnormen spezifisches, sondern ein auf allen Rechtsgebieten zu beobachtendes Phänomen.

E. Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze.

Allerdings enthalten die meisten modernen Verfassungen eine Bestimmung, die geeignet ist, die Bedeutung der speziell die Gesetzgebung betreffenden Normen wesentlich herabzusetzen und so die Verfassung selbst in dem entscheidendsten Punkte zu denaturieren: Sie entziehen den Gesetzesanwendungsorganen, insbesondere auch den Richtern, die Befugnis, die Gesetze auf ihr verfassungsmäßiges Zustandekommen zu prüfen und demgemäß im Falle ihrer Verfassungswidrigkeit als nichtig zu behandeln, d. h. nicht anzuwenden. Sie bestimmen in der Regel, daß Normen, die verfassungsmäßig als Gesetze kundgemacht sind, auch als solche angewendet werden müssen. Von allen das Zustandekommen des Gesetzes betreffenden Verfassungsnormen können also nur die verhältnismäßig unbedeutenden Kundmachungsvorschriften geprüft werden, hat nur die Verletzung der Kundmachungsvorschriften die Wirkung der Nichtigkeit. Die Verletzung der übrigen Gesetzgebungsnormen hat meist nur die Folge, daß die für ihre Beobachtung spezifisch verantwortlichen Organe, nämlich in der konstitutionellen Monarchie die Minister, in der demokratischen Republik evtl. auch das Staatsoberhaupt, auf Anklage des Gesetzgebungskörpers bestraft werden können. Diese Entziehung oder Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechtes den Gesetzen gegenüber ist besonders für die Verfassung der konstitutionellen Monarchie charakteristisch. Hier hatte der Monarch zugleich mit der

Kundmachung der Gesetze auch die Beglaubigung ihres verfassungsmäßigen Zustandekommens (die sogenannte Promulgation) an sich gezogen. Sein Interesse daher: jedes dem seinen widersprechende Urteil über die Verfassungsmäßigkeit eines von ihm kundgemachten Gesetzes auszuschließen. Dadurch, daß der Monarch nach der Verfassung allein, bzw. in Verbindung mit seinen verantwortlichen Ministern, darüber zu entscheiden hat, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen sei, kann er allein, bzw. in Verbindung mit seinen verantwortlichen Ministern durch die ihm zustehende Publikation ein verbindliches Gesetz erzeugen. Jedenfalls ist er in der Lage, durch die Publikation eine Norm verbindlich zu produzieren, die — obgleich sie nur als Verfassungsgesetz hätte zustandekommen sollen — dennoch nur als einfaches Gesetz beschlossen wurde, weil es z. B. an der qualifizierten Majorität fehlte. Es ist daher begreiflich, daß in den republikanisch-demokratischen Verfassungen das richterliche Gesetzesprüfungsrecht entweder unbeschränkt besteht oder in Form einer speziellen Verfassungsgerichtsbarkeit einem besonderen Gerichte die Aufgabe erteilt wird, verfassungswidrige Gesetze aufzuheben. Im letzteren Falle sind verfassungswidrige Gesetze nicht von vornherein nichtig, sondern können nur vernichtet werden. (Vgl. S. 285ff.)

Die Ausschließung oder Einschränkung des richterlichen Prüfungsrechtes pflegt man gerne mit dem die konstitutionelle Monarchie begründenden Prinzip der Trennung der Gewalten zu rechtfertigen. Die logisch mehr als problematische Argumentation ist die: die richterliche Gewalt dürfe in die gesetzgebende nicht eingreifen, also könne dem Richter keine Prüfung des Gesetzgebungsprozesses auf seine Verfassungsmäßigkeit zustehen.

Auf diese Lehre von der Trennung der Gewalten ist nunmehr einzugehen.

§ 37. Die Lehre von der Trennung der Gewalten.

A. Rechtstheoretische Erkenntnis oder rechtspolitisches Postulat.

Die Lehre, daß Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung voneinander zu *trennen* seien, ist ursprünglich wohl nur als politisches Postulat zur zweckmäßigsten Gestaltung der staatlichen Organisation vorgetragen worden; nimmt aber in ihrer späteren Darstellung nicht selten den Charakter staatstheoretischer Erkenntnis an. Da sie das die konstitutionelle Monarchie begründende politische Prinzip ist, zeigt die auf dem Boden der konstitutionellen Monarchie, der europäischen Staatsform des XIX. Jahrhunderts, sich etablierende Staatslehre begreiflicherweise die Neigung, in diesem Prinzip eine Wesenswahrheit vom Staate zu erblicken. Da ihr die konstitutionelle Monarchie als der Staat schlechthin erscheint, sucht sie dessen ihr wünschenswerte besondere Gestaltung und damit die sogenannte Trennung der Gewalten aus dem Wesen des Staates schlechthin zu deduzieren. Zweifellos steht die von vornherein nur als Wesenstheorie auftretende *Unterscheidung* der drei Gewalten unter dem Einfluß des politischen Postulates der *Trennung* der Gewalten, so daß die ganze Gewaltenlehre durch die Zweideutigkeit staatstheoretischer und staatspolitischer Tendenz charakterisiert wird. Denn wenn gelehrt wird, daß die Staatsgewalt, obgleich einheitlich und unteilbar, dennoch aus drei einander begrifflich gleichgeordneten Gewalten zusammengesetzt sei, so geschieht dies offenbar nicht ohne den Hintergedanken, einer organisationstechnischen Aufteilung der drei Gewalten oder Funktionen auf drei von einander isolierte, von einander rechtlich unabhängige Organe oder Organgruppen theoretisch den Weg zu ebnen. Die Verdunkelung der Erkenntnis von der begriffsnotwendigen, aus dem Wesen des Rechts sich ergebenden Unterordnung der Rechtsprechung und Verwaltung unter die Ge-

setzgebung und die Zurückdrängung der Einsicht, daß Rechtsprechung und Verwaltung nur Vollziehung der Gesetze sein können, sollte die Forderung nach einer Organisation ermöglichen, bei der die Organe der Rechtsprechung und Verwaltung den Organen der Gesetzgebung rechtstechnisch nicht untergeordnet, sondern gleichgeordnet sind. Das bedeutet nämlich, daß auf rechtstechnische Garantien dafür verzichtet wird, daß die Organe der Gesetzgebung auf die Organe der Vollziehung — und auf die Trennung der Gesetzgebung von der Vollziehung kommt es in erster Linie, auf die Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung erst in zweiter Linie an — irgendeinen Einfluß haben, sei es, daß die Gesetzgebungsorgane die Akte der Vollziehung als gesetzwidrig vernichten, sei es, daß sie die Organe der Vollziehung wegen Gesetzwidrigkeit ihrer Tätigkeit zur Verantwortung ziehen können. Daraus, daß zwischen zwei Rechtsakten das Verhältnis der höheren und niederen Stufe der Rechtserzeugung besteht, folgt gewiß nicht, daß das Organ, das die Norm niederer Stufe zu setzen hat, dem Organ, dem die Erzeugung der Norm höherer Stufe obliegt, in der oben charakterisierten Weise unterstellt werden muß; wie ja überhaupt aus einer Rechtswesenserkenntnis niemals irgendeine bestimmte rechtsinhaltliche Gestaltung gefolgert werden kann. Rechtstechnische Garantien dafür, daß die Norm höherer Stufe — ihrem immanenten Sinne nach — in der Norm tieferer Stufe realisiert werde, diese also jener entspreche und nicht widerspreche, die Vollziehung (als Ausdruck für die Norm niederer Stufe überhaupt) gesetzmäßig (soll heißen: der Norm höherer Stufe entsprechend) sei, können auf mannigfache andere Art gegeben werden. Insbesondere können andere als die zur Setzung der Norm höherer Stufe berufenen Organe mit der Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Tätigkeit jener Organe betraut werden, denen die Vollziehung der Norm höherer Stufe obliegt. Zweifellos sprechen manche rechtspolitische Erwägungen gerade für diese letztere Modalität. Der Irrtum der Gewaltenlehre liegt ja gerade darin, daß sie, um die rechtstechnische Unabhängigkeit der Vollziehungs- von den Gesetzgebungsorganen zu begründen, die logische Unabhängigkeit der Gesetzgebung von der Vollziehung behaupten zu müssen glaubt und so eine wichtige theoretische Erkenntnis durch lange Zeit aufgehalten hat.

B. Trennung der Gewalten und Aufteilung der Macht.

Die Forderung, die gesetzgebende, vollziehende (im engeren Sinne) und richterliche Gewalt auf von einander grundsätzlich unabhängige Organe zu verteilen, entspringt bei ihrem Urheber (MONTESQUIEU) dem Prinzip politischer Mäßigung, der Tendenz, wie überhaupt im praktischen Leben, so insbesondere in der Politik den goldenen Mittelweg und sohin zwischen extremer Autokratie und extremer Demokratie einen vermittelnden Ausgleich zu suchen. Das Schwergewicht ruht dabei auf dem Gedanken der Verteilung der Gewalt auf eine Mehrheit von Gewaltenträgern. Es soll womöglich verhindert werden, daß alle staatliche Gewalt an einer Stelle konzentriert sei. Ein einziges, übermächtiges Organ gefährde die Freiheit der Untertanen. Man verteile also die Staatsgewalt unter mehreren, die sich dann gegenseitig hemmen und Übergriffe wechselseitig verhindern. Hinter einer überaus irreführenden Vorstellung von der Staatsgewalt als einer irgendwie quantitativ teilbaren Substanz stehen immerhin mehrere rechtspolitisch durchaus richtige, allerdings recht verschiedene Gesichtspunkte. Daß die „Freiheit" der Normunterworfenen im Sinne einer möglichst weitgehenden Freiheit vom Staate durch die Trennung der Gesetzgebung von der Vollziehung (im weitesten Sinne) garantiert werde, ist kaum zu erwarten. Auch wenn die Organe der Vollziehung von denen der Gesetzgebung völlig verschieden und unabhängig sind, bleibt es doch diesen unbenommen, mit den von ihnen zu setzenden Normen in den Bereich der individuellen Freiheit nach Belieben einzudringen, diese auf ein Minimum zu reduzieren. Will dann die Vollziehung nicht geradezu

gesetzwidrig sein, ist die „Freiheit" der Untertanen nicht zu retten. Und die Gesetzmäßigkeit der Vollziehung soll ja durch die Trennung der Gewalten nicht nur nicht aufgehoben, sondern — worauf noch zurückzukommen sein wird — geradezu bewirkt werden. Dagegen bedeutet es tatsächlich eine Garantie für die Freiheit der Untertanen, eine wirksame Hemmung der gesetzgebenden Gewalt gegen allzutiefe Eingriffe in die individuelle Sphäre, wenn die Verteilung der Gewalten in dem Sinne verstanden wird, daß das Gesetzgebungsorgan — wie das für die konstitutionelle Monarchie charakteristisch ist — aus einander in ihren politischen Interessen entgegengesetzten Faktoren zusammengesetzt, die Gesetzgebung selbst also auf mehrere Organe verteilt wird, deren Zusammenwirken erst die ganze einheitliche Funktion ergibt, und die daher nur als Teilorgane eines zusammengesetzten Organs erscheinen. Gegenüber der Tendenz des Monarchen nach weitgehender Bindung der Untertanen vertritt das Parlament, als „Volks"vertretung, das Prinzip der Freiheit. Es wird seine Zustimmung zu weitgehenden Einschränkungen der Untertanen verweigern. In dieser Tendenz hat sich ursprünglich das demokratische Prinzip gegen die Autokratie der absoluten Monarchie in der Form des Konstitutionalismus durchgesetzt, hat das Volk eine Teilnahme an der Gesetzgebung des Monarchen erzwungen. Und diese Teilnahme ist ursprünglich nur im Sinne einer Beschränkung der monarchischen Gewalt aufgefaßt worden. Indes wäre es gewiß ein Vorurteil zu meinen, daß die Gefährdung der Freiheit nur vom Monarchen ausgehen könne und daß das „Volk" oder die Volksvertretung als Gesetzgebungsorgan nur im Sinne der Freiheit wirke. Gesetzgebung ist eben an sich Freiheitsbeschränkung und auch das nur aus dem Volke selbst oder gar nur aus den Volksvertretern bestehende Gesetzgebungsorgan zeigt erfahrungsgemäß die gleiche Tendenz nach weitgehender Normierung des individuellen Verhaltens wie der absolute Monarch. Und darum kann, wenn sich in der konstitutionellen Monarchie die politische Macht zu Gunsten des Parlaments verschiebt und dieses aus seiner negativen Rolle eines die gesetzgeberische Funktion des — ehemals unbeschränkten — Monarchen hemmenden Faktors zu einer positiven übergeht, der Monarch der Hemmschuh für eine zu weit gehende Gesetzgebung werden. Zumal einem Parlament gegenüber, das auf Grund eines Privilegienwahlrechtes gewählt, nur eine Vertretung der besitzenden Klasse ist oder doch in seiner Majorität nur Interessen dieser Klasse zum Ausdruck bringt. Der natürliche Antagonismus, der zwischen den beiden einander konkurrenzierenden Faktoren der Gesetzgebung, Parlament und Monarch, besteht, kann dann den letzten auf die Seite jener drängen, die im Parlament entweder einflußlose Minorität oder überhaupt nicht vertreten sind. Nimmt man „Freiheit" als Beteiligung an der Gesetzgebung, dann kann sehr wohl der Fall eintreten, daß es gerade der Monarch ist, der gegen das Parlament, dessen Majoritätsparteien ihre Vorherrschaft bewahren wollen, für eine Erweiterung des Wahlrechts und sohin für die „Freiheit" wirkt. Diese wird also nicht eigentlich durch eine organisatorische Isolierung der Gewalten, sondern nur durch eine Aufteilung, eine Verteilung insbesondere der Gesetzgebungsgewalt garantiert. Man darf daher das Prinzip möglichster Machtverteilung nicht schlechthin mit dem spezifischen Grundsatz der Trennung der drei Gewalten des Staates identifizieren.

C. Trennung der Gesetzgebung von der Vollziehung: rechtstechnische Vorteile und Grenzen der Durchführung.

Doch liegt auch in der organisationstechnischen Trennung der Gesetzgebung von der Vollziehung ein gewisser rechtspolitischer Vorzug. Jede Norm höherer Stufe ist eine — formale oder materielle — Erzeugungsregel für die Norm niederer Stufe. Ist die Erzeugung der Normen beider Stufen in ein und derselben Hand

vereinigt — so wie etwa in einer primitiven Autokratie, wo der Monarch sowohl die generelle Norm setzt, als auch auf Grund derselben die einzelnen Fälle entscheidet — dann besteht die Gefahr, daß sich das Organ an die selbstgesetzte generelle Norm im konkreten Einzelfalle aus der Erwägung heraus nicht allzu strenge hält, daß es die für die konkrete Entscheidung oder Verfügung bindende generelle Norm jederzeit selbst abändern könne. Die Gesetzmäßigkeit und zwar insbesondere mit Beziehung auf die Rechtssicherheit, die Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit der Vollziehung ist somit aus diesem Grunde gefährdet, wenn ein und dasselbe Organ Gesetzgebung und Vollziehung vereinigt. Allerdings hat gerade das Gesetzgebungsorgan auch das stärkste Interesse, daß sein Wille in der Vollziehung realisiert werde, d. h. daß die Vollziehung gesetzmäßig sei. Fordert man somit unter dem einen Gesichtspunkt, daß Gesetzgebung und Vollziehung, noch allgemeiner ausgedrückt, daß die Erzeugung der verschiedenen Normstufen verschiedenen Organen übertragen werde, so erscheint darum doch keineswegs auch die Unabhängigkeit des Organs niederer Rechtserzeugungsstufe von dem Organ der höheren Stufe als geboten. Tatsächlich ist auch das Prinzip der Trennung der Gewalten niemals nach der letzteren Richtung vollständig durchgeführt worden. Nur hinsichtlich der Person des Monarchen — und das ist besonders bezeichnend — wurde stets der Grundsatz vertreten, daß er als Chef der Exekutive unverantwortlich, insbesondere also auch nicht der Legislative, speziell dem Parlament verantwortlich sein dürfe, vom Parlament also gänzlich unabhängig sein müsse. Auf republikanische Staatsoberhäupter wurde dieser Grundsatz — zugleich mit dem Prinzip der Trennung der Gewalten — nur sehr abgeschwächt übertragen. Indem aber die Regierungsakte des Monarchen an die Mitwirkung von Ministern als obersten Verwaltungsorganen gebunden und diese dem Parlament verantwortlich gemacht werden (Ministerverantwortlichkeit), wird das Prinzip der Trennung der Gewalten, sofern es als Unabhängigkeit des Vollziehungs- von dem Gesetzgebungsorgan aufgefaßt wird, vollständig aufgegeben. Die parlamentarische Ministerverantwortlichkeit ist ein der konstitutionellen Monarchie und auch der gewaltentrennenden Republik so wesentliches Institut, daß von einer Gewaltentrennung im Sinne von Unabhängigkeit der Exekutive von der Legislative überhaupt nur in bezug auf die Person des Monarchen gesprochen werden kann. Indem dieser aber in der konstitutionellen Monarchie sowohl Chef der Exekutive (in Verbindung mit den Ministern) als auch Organ der Legislative (in Verbindung mit dem Parlament) ist — auch das Staatsoberhaupt gewaltentrennender Republiken ist in der Regel irgendwie am Gesetzgebungsprozeß beteiligt — ist das Prinzip der Trennung der Gewalten auch insofern nirgends durchgeführt, als es die Forderung einer Verteilung von Gesetzgebung und Vollziehung auf verschiedene Organe bedeutet. Es erfährt Einschränkung sowohl als konsequente Durchführung nur zum Vorteil des Monarchen.

D. Die politische Funktion der Lehre: Begründung der konstitutionellen Monarchie.

Und darin zeigt sich die historische Funktion des Prinzipes. Entstanden am Vorabend der großen demokratischen Revolution, zu einer Zeit, da das Volk bereits deutlich gegen die unbeschränkte Macht des Monarchen vorzudringen beginnt, die Masse der Normunterworfenen immer energischer Beteiligung an der Normsetzung fordert, konzediert es die Gesetzgebung, das ist die Erzeugung genereller Normen, einer Vertretung des Volkes, jedoch nur in Verbindung mit dem Monarchen, behält es aber dem Monarchen die Vollziehung vor. Und indem es diese Vollziehung im Widerspruch zu ihrem Begriff und Wesen als eine von der Gesetzgebung unabhängige Funktion erklärt, will es dem mit der Vollziehung betrauten Organ eine vom Parlament unabhängige Stellung, dem in die Defensive gedräng-

ten monarchischen Prinzip ein Refugium sichern. Indem man den rechtstechnisch zulässigen Gedanken der Unabhängigkeit des Vollziehungs-Organs vom Parlament als Gesetzgebungsorgan mit dem rechtslogisch unmöglichen Gedanken der Unabhängigkeit der Vollziehungs-Funktion von der Gesetzgebungsfunktion verbindet, versucht man in der Vollziehung, soweit sie dem Monarchen zur Verfügung steht, also in der Verwaltung (die Rechtsprechung ist „unabhängig"), eine Rechtsordnung zu konstituieren, die zu der in der Gesetzgebung normierten gelegentlich in Widerspruch geraten kann, ohne dabei für nichtig erkannt zu werden. In der Verwaltung soll der — in der Gesetzgebung schon durch den Volkswillen beschränkte — Monarch noch eine Gelegenheit behalten, seinen eigenen Willen — eventuell auch gegen den in der Gesetzgebung geäußerten — durchzusetzen. Jener verhängnisvolle Dualismus der konstitutionellen Theorie, seine gegen das positivrechtlich statuierte demokratische Prinzip gerichtete naturrechtlich-autokratische Tendenz, er findet seine letzte Wurzel in diesem vor allem auf die Unabhängigkeit der Verwaltung von der Gesetzgebung zielenden Dogma von der Trennung der Gewalten.

Die soeben charakterisierte, nur aus der historischen Situation verständliche Funktion einer Verteidigung des auf dem Rückzug befindlichen monarchischen Prinzipes konnte das konstitutionelle Dogma von der Gewaltentrennung nur darum mit solchem Erfolge leisten, weil es, zum Teile wenigstens, mit der Idee der Machtverteilung zusammenfiel, diese aber einem ursprünglichen Instinkte der herrschaftsunterworfenen Masse entsprach: dem Mißtrauen gegen die einer interessengegensätzlichen Gesellschaftsklasse angehörige, dem Einfluß der Masse nur beschränkt zugängliche Regierung und sohin dem daraus erwachsenden Bestreben, die Bildung allzu machtvoller Kompetenzkreise zu vermeiden. Sicherlich war es — wie erst in neuerer Zeit festgestellt wurde — ein Mißverständnis, das Prinzip der Gewaltentrennung für wesentlich demokratisch zu halten. Ebensowenig wie es ein demokratisches, ist es ein ausgesprochen autokratisches Prinzip; denn das letztere will dem Monarchen, das erstere aber dem Volke die ganze, ungeteilte Gewalt übergeben. Allein auch die Demokratie kann — zwar nicht ihrer Idee, aber ihrer realen Gestaltung nach — den Gegensatz zwischen Regierenden und Regierten nicht ganz ausschalten. Und insofern behält zwar nicht gerade das Prinzip der Trennung der Gewalten, so doch der Grundsatz möglichster Machtverteilung auch dann noch einen guten Sinn, wenn die monarchische Gewalt gänzlich verdrängt ist, wie in der demokratisch-parlamentarischen Republik. Daß sich diese in demselben Maße dem Typus der konstitutionellen Monarchie nähert, d. h. zur Präsidentschaftsrepublik wird, als für sie das Prinzip der Gewaltentrennung in seiner spezifisch konstitutionellen Gestaltung bestimmend wird, ist für die funktionelle Bedeutung dieses Prinzipes charakteristisch. Das reine Prinzip der Machtverteilung aber, das sich nicht so sehr in der Verteilung verschiedener Funktionen als vielmehr ein und derselben Funktion auf mehrere Organe und sohin mit der Wirkung der Machtminderung äußert, zeigt allerdings auch in der Demokratie einen dem innersten Wesen dieser Staatsform durchaus entsprechenden Charakter: Kann die staatliche Funktion nur durch das einverständliche Zusammenwirken zweier oder mehrerer, unter irgendeinem Gesichtspunkt interessengegensätzlicher Organe zustandekommen, dann muß sie sich in der Richtung eines Kompromisses bewegen. Die Tendenz zum Kompromiß muß aber — worauf später noch zurückzukommen sein wird — als ein Grundzug der Demokratie anerkannt werden. (Vgl. S. 324.)

E. Trennung der Verwaltung von der Gerichtsbarkeit.

Die modernen Verfassungen stehen nicht nur unter dem Prinzipe einer Trennung der Gesetzgebung von der Vollziehung, sondern auch unter jenem einer Trennung

der beiden, richtigerweise gleichermaßen als Vollziehung aufzufassenden Funktionen: der Verwaltung und der als Rechtsprechung oder Justiz bezeichneten Gerichtsbarkeit. Das letztere Prinzip als rechtspolitisches Postulat zu rechtfertigen, ist nicht leicht. Denn die offenbare Voraussetzung der Forderung, die Verwaltung von der Rechtsprechung zu trennen, d. h. diese beiden Funktionen verschiedenen Organen zu übertragen: die Annahme nämlich, daß es sich um zwei wesentlich verschiedene Funktionen handle, deren Verbindung in einem und demselben Organe eben wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von Übel sei, trifft — wie aus den früheren Darlegungen hervorgeht — nicht oder doch nur zum Teile zu. Sofern die Verwaltung — hinsichtlich des Inhaltes ihrer Funktion — in demselben Sinne Rechtsprechung ist wie die Justiz, ist eine Trennung aus der Natur der Funktion nicht eigentlich zu begreifen. Und solange die Verwaltung nur Rechtsprechung in diesem Sinne, nämlich Setzung, bzw. verfahrensmäßige Vorbereitung eines Zwangsaktes war, war weder von einer Unterscheidung noch von einer Trennung der beiden Funktionen die Rede. Erst sobald jene Entwicklung einsetzt, die oben in der Weise charakterisiert wurde, daß der Staat — im rechtsinhaltlichen Sinne des Wortes — seine Tätigkeit auf Gebiete ausdehnte, innerhalb deren bisher nur die Untertanen sich rechtlich betätigten, Staatsakte — im rechtsinhaltlichen Sinne des Wortes — als Inhalt von sekundären Normen auftraten, ergab sich auch das theoretische Bedürfnis einer Scheidung dieser Tätigkeit des Staates von der Rechtsprechung. Nur daß eben das entscheidende Kriterium niemals klar ins Bewußtsein drang und daher im Begriffe der der Rechtsprechung gegenübertretenden Verwaltung sehr verschiedene Rechtsakte zusammengefaßt wurden. Die willkürlich gezogene Scheidungslinie ging mitten durch die Akte der Rechtsprechung durch. So daß der Unterschied zwischen dem konventionell als Verwaltung angesprochenen Komplex von Akten und denen der Justiz lediglich als ein Unterschied der mit diesen Funktionen betrauten Organe bestehen bleibt: hier „unabhängige“, als „Gerichte“, dort „abhängige“, als „Verwaltungs“organe bezeichnete Behörden. Versucht man die Spaltung, die der im Bereich der Gesetzgebung einheitliche Rechtsstoff im Bereich der Vollziehung erfahren hat, etwa in der Weise zu beschreiben, daß man erklärt, Zivil- und Strafrecht sei den Gerichten, Gewerbe-, Sanitäts-, Finanz-, Militär-, Schulrecht usw. den Verwaltungsbehörden zur Vollziehung übertragen, so liegt darin schon eine gewisse petitio principii. Denn wenn man Zivil- und Strafrecht unabhängig von der Art der vollziehenden Organe bestimmen will, so muß man beide als Inbegriff der Rechtsnormen bezeichnen, von denen die einen als Unrechtsfolge letzten Endes Exekution, die anderen Strafe setzen. In diesem Sinne sind aber alle Verwaltungsrechtsnormen Zivil- oder Strafrechtsnormen; und alle Verwaltungsakte — sofern sie Rechtsprechung sind — Verfahrensakte, die letztlich auf die Setzung derartiger Zwangsakte zielen. Der Unterschied besteht nur darin daß die einen von „Gerichten“, die andern von nichtgerichtlichen Behörden angewendet werden. Vielleicht kann man annehmen, daß bei jenen Rechtsnormen, die den „unabhängigen“, d. h. vor allem von dem Monarchen unabhängigen Gerichten überlassen blieben, das Interesse der Untertanen im Verhältnis zum Interesse des Monarchen überwog (die Regelung der ökonomischen Beziehungen der Untertanen untereinander, Schutz ihres Lebens, ihrer Ehre und Gesundheit), während bei den der Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden übertragenen Rechtsgebieten das Verhältnis umgekehrt war (Finanz- und Militärwesen und die für die Machtstellung des Herrschers so wichtigen Fragen des Kultus- und Unterrichtswesens!). Eine so bedeutsame organisatorische Spaltung, wie jene in Gerichte und Verwaltungsbehörden, muß wohl tiefere politische Gründe haben. Damit, daß man sie einfach als historisches Faktum hinnimmt, ist wissenschaftlich noch nichts getan. Mit diesem hier vermutungsweise vorgebrachten Moment mag es auch zusammenhängen, daß die den Verwaltungsbehörden zur Anwendung übertragenen

Gesetze nach jeder Hinsicht, insbesondere auch in bezug auf das Verfahren, einen viel weiteren Spielraum freien Ermessens einräumten, als die Justizgesetze. Die solcherweise sich ergebende Verschiedenheit in dem Verhältnis des Rechtsanwenders zu den anzuwendenden Normen — hier relative Gebundenheit, dort relative Freiheit — kann auch tatsächlich eine organisatorische Trennung bis zu einem gewissen Grade rechtfertigen. In dem Maße freilich, als diese Verschiedenheit schwindet, als die Justizförmigkeit der als Rechtsprechung auftretenden Verwaltung zunimmt, verliert die prinzipielle Trennung der Gerichte von den Verwaltungsbehörden ihren zureichenden Grund. (Vgl. S. 238, 242, 246.)

Und in der Tat bedeutet ja die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Überwindung dieser Trennung. Sie bleibt nur insofern begründet, als es sich um Verwaltungsakte handelt, die nicht Rechtsprechung in dem hier entwickelten Sinne sind.

Achtes Kapitel.

Die Erzeugungsorgane.
(Die Lehre von den Staatsorganen.)

§ 38. Der Rechtsformbegriff des Staatsorgans.

A. Das Staatsorgan als Erzeuger und Vollzieher der Staatsordnung.

Der Begriff des Staatsorgans bietet der Theorie nicht unerhebliche Schwierigkeiten, weil im Gebrauche dieses Wortes mehrere, voneinander sehr verschiedene Begriffe übereinanderliegen. Erstlich ist es ein formaler, mit der Idee einer Rechts- oder Staatsordnung an sich gegebener Organbegriff, der sich deutlich aus den das Staatsorgan betreffenden Lehrsätzen heraushebt. Dann aber zeigt sich auch ein charakteristischer Rechtsinhaltsbegriff des Organs, so zwar, daß dieses nur als ein mehr oder weniger typischer Inhalt der modernen Staats-(Rechts-)Ordnungen erfaßt werden kann. Allein auch im Rechtsformbegriff des Organs kreuzen sich zwei verschiedene Gedankenreihen, die deutlich auseinanderzuhalten, gerade einer Theorie des Staates angelegen sein muß. Es ist sowohl eine dynamische wie eine statische Rechtsbetrachtung, von der man zu einem Rechtswesensbegriff des Organs gelangen kann, je nachdem ob man die Erkenntnis auf die Erzeugung der Staatsordnung einstellt, oder ob man von der fertigen Staats-(Rechts-)Ordnung ausgeht.

Als der primäre, der Grundbegriff des Staatsorgans muß aber der Rechtswesensbegriff der dynamischen Betrachtung angesehen werden: Die staatliche Ordnung wird in allen ihren Stufen durch Menschen erzeugt, deren normsetzende Funktion durch die Ordnung selbst bestimmt wird, indem die Norm höherer Stufe die Bedingungen festsetzt, unter denen die Norm niederer Stufe geschöpft wird. Staatsorgan im Sinne eines die staatliche Ordnung schaffenden Werkzeuges ist somit der durch die Norm höherer Stufe bestimmte Setzer der Norm niederer Stufe.

Wenn das Staatsorgan hier als Erzeuger der staatlichen Ordnung bezeichnet wird, so ist damit keineswegs seine Charakterisierung als Vollzieher der staatlichen Ordnung, als Verwirklicher oder Vollstrecker des staatlichen Willens ausgeschlossen. Die Einsicht in den Stufenbau der Rechtsordnung hat dem Gegensatz von Normerzeugung und Normvollziehung, von Legislative und Exekutive seine absolute Bedeutung genommen. Das Staatsorgan ist im Verhältnis zu der höheren, seine normerzeugende Funktion bestimmenden Norm stets Vollzieher, legis executor, und gegenüber der durch seine eigene Funktion zu setzenden Norm zugleich Erzeuger, legis lator. Wenn in der staatsrechtlichen Literatur die einen das Staatsorgan als den Erzeuger, die anderen als den Vollzieher des staatlichen Willens charakterisieren, so haben beide bis zu einem gewissen Grade recht. Und wenn die Theorie konkreten Tatbeständen gegenüber in der Frage, ob sie als Staatsfunktion anzusprechen seien, zu sehr differierenden Urteilen kommt, so ist das nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß man in herkömmlicher Weise gewisse Funktionen ausschließlich unter dem Gesichtspunkte der Erzeugung, andere nur unter dem der Vollziehung betrachtet, obgleich in der Regel beide Gesichtspunkte möglich sind. So umfaßt der Begriff

des Organs die gesetzgebenden wie die vollziehenden und sohin alle möglichen Staatsorgane überhaupt. Doch muß auf die schon in anderem Zusammenhange aufgezeigten Grenzen des Begriffs aufmerksam gemacht werden. Die oberste, die Einheit des Systems konstituierende Grundnorm, deren Setzung erkenntnismäßige Voraussetzung ist und daher selbst nicht als Vollziehung in Betracht kommen kann; und der letzte Vollzugsakt, der seinem Sinne nach selbst nicht mehr Norm ist: das Delikt, der sogenannte Unrechtstatbestand, und der Zwangsakt, die sogenannte Unrechtsfolge als nackte Exekution. Aus dem Begriff des Staatsorgans als eines die staatliche Ordnung schaffenden Werkzeugs fallen beide Grenzfälle aus. Der die hypothetische Grundnorm Voraussetzende, weil seine Funktion nicht als Rechtserzeugung im Sinne einer Setzung positiven Rechtes in Betracht kommt; diejenigen aber, die die nackten, keiner niederen Stufe mehr als Norm übergeordneten Tatbestände setzen, weil hinter ihnen schon die — als System von Normen — vollendete Rechtsordnung steht.

Innerhalb dieser Grenzen des dynamischen Organbegriffes erscheinen aber als Organfunktionen nicht nur die üblicherweise als Staatakte bezeichneten Tatbestände der Gesetzgebung und Vollziehung, als da sind: generelle und individuelle Normsetzung durch Gesetz, Verordnung, richterliches Urteil, Verwaltungsentscheidung und Verwaltungsbefehl, sondern auch gewisse, nach der herkömmlichen Systematik als Akte der Untertanen charakterisierte Tatbestände: die sogenannten Rechtsgeschäfte. Daß das Rechtsgeschäft wesentlich als ein Akt der Erzeugung der Rechtsordnung, als eine Fortsetzung des mit der Verfassunggebung beginnenden Rechtserzeugungsprozesses angesehen werden muß, geht aus früher Gesagtem zur Genüge hervor. Die Erkenntnis des stufenweisen Fortganges der Rechtsbildung zeigt das Rechtsgeschäft in einer Reihe mit den als „staatlich" geltenden Akten der Normsetzung, wie Gesetz und Verordnung. Die zahlreichen Zwischenformen, die die neuere Rechtsentwicklung zwischen Gesetz und Verordnung einerseits und die früher allein üblichen Formen des Rechtsgeschäftes eingeschoben — wie Kollektivvertrag, Vereinsstatut usw. — haben die Einsicht in die Relativität des Gegensatzes von Gesetz als Rechtserzeugung und Rechtsgeschäft als Rechtsanwendung wesentlich gefördert. Sofern im Begriff des Staatsorgans nur der Gedanke der Rechtserzeugung, nur das Prinzip einer die staatliche Ordnung schaffenden Funktion liegt, ist kein Grund vorhanden, den ein Rechtsgeschäft setzenden Parteien den Charakter von Staatsorganen zu verweigern: denn auch der — durch keine Rechtspflicht zu seiner Funktion irgendwie verbundene — Parlamentswähler und das — gleichfalls nicht pflichtmäßig funktionierende — Parlamentsmitglied gelten als Staatsorgan, nur weil sie mit ihrer Funktion an dem Prozesse der Staatswillensbestimmung beteiligt sind. Die höhere Stufe der Rechtserzeugung kann für die Frage des Organcharakters der Funktion nicht entscheidend sein; wenn man nicht etwa das Gesetz als Staatsfunktion oder Staatsakt, das Rechtsgeschäft aber nur als Rechtsfunktion oder Rechtsakt ansprechen und so den Gegensatz von Staat und Recht als Unterschied zwischen höherer und niederer Stufe der Rechtserzeugung auffassen wollte. Es ist offenbar ein ganz anderer als der Rechtswesensbegriff des Organs, der hier den Sprachgebrauch des Wortes „Staatsorgan" bestimmt, wenn sich dieser von den Rechtsgeschäfte setzenden Parteien, weniger entschieden aber auch von dem Wähler und Abgeordneten zurückzieht. Es ist der Rechtsinhaltsbegriff des Staatsorgans, der hier am Werke ist und insbesondere eine Grenzlinie zwischen Staatsorgan und Untertan zu errichten bestrebt ist, die sich aus dem ursprünglichen Begriff des Staatsorgans als einem Rechtswesensbegriff nicht ergibt. Der reine Gedanke des Organismus — dessen Korrelat ja nur der Begriff des Organs ist — geht dahin, alle Teile des Ganzen, alles, was als Glied oder Bestandteil des Ganzen in Betracht kommt, als Organ, d. h.: als in Wesensbeziehung zum Ganzen stehend, (dynamisch betrachtet) als an der Bildung

des Ganzen beteiligt, das Ganze erzeugend, realisierend, aufzufassen. Bei einem natürlichen Organismus versteht es sich von selbst, daß jedes beliebige seiner Stücke nur als Organ oder Teil eines — relativ selbständigen — Organs verstanden werden kann. Das ist ja der Sinn des Bestrebens, eine Vielheit als *organische* Einheit, d. h. aber: als *systematische* Einheit zu begreifen. Darum ist es die immanente Tendenz des reinen Organbegriffes, so wie ihn auch die herrschende Auffassung wenigstens grundsätzlich bestimmt, sich auf alle Staatsglieder auszudehnen, auch den Untertan — *sofern er zum Staate in einer Wesensbeziehung steht* — als Staatsorgan im weitesten Sinne zu erkennen; was ja identisch mit dem Bestreben ist, auch diese Beziehung als organischen Zusammenhang zu verstehen. Diese „Verstaatlichung" aller Rechtsbeziehungen hat natürlich mit dem politischen Gegensatz von Liberalismus und Etatismus nichts zu tun.

Wenn die Real-Setzung des Zwangsaktes als Akt reiner Vollziehung nicht mehr in den Bereich des dynamischen Organbegriffes als des Begriffs einer die Staats-(Rechts-)Ordnung *erzeugenden* Funktion fällt, so ist es gerade der *statische* Organbegriff, der auf diesen Tatbestand des Zwangsaktes abzielt. Es ist der Standpunkt der fertigen Ordnung, ohne jede Rücksichtnahme auf die Erzeugung dieser Ordnung, von dem aus das Problem des Staatsorgans sich folgendermaßen darstellt: Organ des Staates ist, wer einen Staatsakt setzt. Staats- oder Rechtsakt ist ein auf den Staat — als auf die Einheit der Rechtsordnung — beziehbarer, dem Staat zuzurechnender Tatbestand. Von den beiden im vollendeten Rechtssatz gesetzten Tatbeständen kann — in einem *weitesten* Sinne — jeder von dieser Einheitsbeziehung erfaßt werden, der bedingende sowohl, wie der bedingte Tatbestand. Allein in dem statischen Begriff des Staatsorgans soll zunächst nur ausgedrückt werden, daß ein Tatbestand im Rechtssatz *unmittelbar* als gesollt gesetzt ist. Im Sinne der statischen Organfunktion des Staatsaktes wird dem Staate zugerechnet, was gesollt ist, nicht aber die *Bedingung*, *unter* der es gesollt ist, wird also der Zwangsakt, nicht der den Zwangsakt bedingende Deliktstatbestand, die sogenannte Unrechts*folge*, nicht das sogenannte *Unrecht* zugerechnet. Weil in diesem Sinne vom Staate nur als „gewollt" gelten kann, was — im Rechtssatz — unmittelbar als gesollt gesetzt ist, ist im Sinne des statischen Organbegriffes nur der Setzer des Zwangsaktes Staatsorgan. Der Zwangsakt erscheint — von diesem Standpunkte aus gesehen — geradezu als *der Staatsakt* κατ᾽ ἐξοχήν, als der Akt, die Aktion oder die Re-Aktion des Rechtes (auf das Unrecht). Geht man nicht von der primären, sondern von der sekundären Rechtsnorm aus (vgl. S. 51, 239), dann erscheint keineswegs bloß der Zwangsakt, sondern schlechthin jeder Tatbestand zwangsvermeidenden Verhaltens, sofern er im Rechtssatz als gesollt gesetzt ist, als auf die Einheit beziehbar, dem Staat zurechenbar, als vom Staate „gewollt" und sohin als Staats- oder Rechtsakt. Auch dieser statische Organbegriff läßt somit jede prinzipielle Grenze zwischen Staatsorgan und Untertanen als bloßen Staatsgliedern vermissen. Denn auch der statische Organbegriff ist ein Rechtsform- oder Rechtswesensbegriff, dessen Sinn ist: daß alle in der staatlichen Ordnung als gesollt statuierten Tatbestände als Organfunktionen in Betracht kommen oder, m. a. W.: daß die im Organbegriff sich ausdrückende systematische Einheitsbeziehung für alle im System des Staates (als der Rechtsordnung) gesollt gesetzten Tatbestände Geltung haben muß. Ihr Charakter als Organfunktion — und sohin ihre Beziehung auf die Einheit des Systems, ihr vom Staate „Gewollt-Sein", ihre „Zurechnung" zum Staate — ist nur der Ausdruck ihrer Stellung im System, daß dieser Tatbestand in systematischer Verbindung mit anderen in der Einheit einer und derselben Ordnung als gesollt gesetzt ist.

Schwierigkeiten scheinen sich nur hinsichtlich des als „Unrecht" bezeichneten, den Zwangsakt bedingenden Tatbestandes zu ergeben, indem dieser einerseits nicht vom Organbegriff erfaßt werden will, anderseits aber die unzweifelhafte Tendenz

besteht, auch diesen Tatbestand von jener Einheitsbeziehung ergreifen zu lassen, die sich als der Kerngedanke des Rechtswesensbegriffs des Staatsorgans erwiesen hat. Man ist zu sehr gewohnt, die fraglichen Tatbestände als Negation des Rechts, als Un-Recht aufzufassen, als daß man sich entschließen könnte, sie mit anderen Tatbeständen in einem Rechtsbegriff zusammenzufassen oder gar als „Organ"-funktionen gelten zu lassen. Ein solcher Versuch ist mit Rücksicht auf die rein formale Differenz, die zwischen dem bedingenden und dem bedingten, sehr wohl allein als vom Staate „gewollt" darstellbaren Tatbestand besteht, nicht notwendig. Indes muß er seinen paradoxen Schein ganz verlieren, wenn man im Auge behält, daß es sich bei dem fraglichen Organbegriff — der nun einmal die entscheidende Rolle spielt — nur um den Systemgedanken handelt und nicht um jenen Rechtsinhaltsbegriff des Organs, in den die sogenannten Unrechtstatbestände allerdings in keiner Weise einbezogen werden können. Das Problem, das durch die Beziehung der sogenannten Unrechtstatbestände auf die Einheit des Rechtssystems aufgeworfen wird, wurde bereits anläßlich der Parallele zwischen dem Problem der Theodizee und jenem des Staatsunrechts erörtert (vgl. S. 78f). Hier sei noch daran erinnert, was bereits in anderem Zusammenhange angedeutet wurde: Es ist kein der positiven Rechtsordnung als einem System primärer Rechtssätze immanenter, sondern ein transzendenter, ein ethisch-politischer Standpunkt, von dem aus die den Zwangsakt bedingenden sogenannten Unrechtstatbestände als sozial-schädlich, daher unerwünscht und — weil ihre Verhinderung der Zweck des Rechts — als dessen Negation gedeutet werden. Nur von diesem Standpunkte fällt der sogenannte Unrechtstatbestand außerhalb des Systems des Rechtes. Eine auf die positiven Rechtssätze beschränkte Erkenntnis muß den sogenannten Unrechtstatbestand im organischen Systemzusammenhang mit allen anderen Tatbeständen als Bedingung der Rechtsfunktion und sohin — wenn auch nur mittelbar — selbst als Rechtsfunktion begreifen. Ganz so wie von einem streng biologischen Standpunkt aus auch eine dem Organismus schädliche Funktion dennoch Organfunktion, eben auch ein Krebsgeschwür Organ ist, während nur von einem medizinischen Standpunkt — nämlich unter dem Zweckgesichtspunkt der Gesundheitsförderung — dies als Fremdkörper, als feindliches Element beurteilt wird.

B. Organsubjekt und Organfunktion.

Im üblichen Begriff des Staatsorgans unterläuft von vornherein eine gewisse Personifikation, indem das Staatsorgan, wennschon nicht als juristische, so doch — als Mensch — irgendwie als sittliche Persönlichkeit vorgestellt wird. Das Staatsorgan wird wesentlich als Mensch gedacht. Und tatsächlich ist es ja auch — wenn man die staatliche Ordnung gleichsam von außen sieht — der Mensch, der diese Ordnung durch seine Akte erzeugt. Allein vom immanenten Standpunkt der staatlichen Ordnung selbst ist die Erzeugung der Ordnung (die von diesem Standpunkt aus nur eine Fortbildung der Ordnung sein kann) ein für die verschiedenen Stufen verschieden geregelter Tatbestand, dessen integrierenden Inhalt allerdings ein menschliches Verhalten bildet. Dieser Tatbestand kommt hier nicht als Subjekt der Erzeugung, sondern als das — von der Ordnung normierte — Objekt der Normerzeugung (die Normerzeugung als Objekt, d. h. als Gegenstand der Normierung, und nicht als Person) in Betracht. Die Auflösung der im Begriff des Staatsorgans liegenden Personifikation, die Einsicht, daß mit diesem Begriffe der durch das Recht geregelte, somit den Inhalt einer Rechtsnorm bildende Tatbestand der Rechtserzeugung gemeint ist, bewahrt vor der mit jeder Personifikation verbundenen Gefahr einer irreführenden Verdoppelung, vor der gar nicht seltenen Anschauung, als ob Staat und Staatsorgan zwei verschiedene Wesenheiten seien, jener eine juristisch fiktive Einheit, dieses ein realer Mensch, deren gegenseitiges Verhältnis dann nicht ohne Widerspruch bestimmt werden kann. Der hier festgehaltene

Standpunkt immanenter Erkenntnis läßt die Erzeugung (Vollziehung) der Ordnung nur als Inhalt der Ordnung selbst begreifen und so den Staat von vornherein nur als eine durch die Ordnung konstituierte Einheit von — den Inhalt dieser Ordnung bildenden — Tatbeständen erkennen. Wird dieser Gesichtspunkt festgehalten, dann steht nichts im Wege, dem Drucke der substantivisch-personifikativen Rechtssprache folgend, von Staatsorganen als von Subjekten ordnungserzeugender Funktionen zu sprechen.

Daß für die Staatslehre nicht eigentlich der Begriff des Organsubjekts, sondern der der objektiven Organfunktion als eines spezifischen, durch die Staatsordnung normierten Tatbestandes in Frage steht, das zeigt sich deutlich, wenn man, von dem als Staatsorgan fungierenden Menschen ausgehend, nach dem notwendigen Kriterium sucht, das die Organakte dieses Menschen von seinen mannigfachen anderen Lebensäußerungen unterscheidet. Denn offenbar ist der Mensch nicht als solcher, nicht nach allen Richtungen seiner Tätigkeit, nicht mit allen seinen Akten Organ einer Gemeinschaft und besonders des Staates. Hier scheint sich sogar ein wesentlicher Unterschied zwischen dem natürlichen Organismus und den sozialen Gebilden überhaupt zu ergeben, die man, schon indem ihnen „Organe" zugesprochen werden, mit Organismen zumindest vergleicht. Denn das den Teil eines natürlichen Organismus bildende Glied ist in seiner Gänze und nach allen Richtungen seiner Existenz Organ des Ganzen, demgemäß jede seiner Funktionen, als Organfunktion, eine solche des ganzen Organismus ist, auf die Einheit aller Teile bezogen wird. Man sagt, der Baum blüht, wenn auch nur ein einziges Zweiglein eines einzigen Astes nur eine einzige Blüte treibt; und welche molekulare Bewegung auch immer an diesem Teilchen vor sich geht, es ist der ganze Baum, der in ihm lebt. Allein in der sozialen Gemeinschaft, selbst in der so weitreichenden und tiefgreifenden des Staates, steht der Mensch als Glied immer nur mit einem kleinen Teile seines Wesens, er bleibt zum großen, ja zum größeren Teile frei von der Gemeinschaft; und dieses Faktum oder Postulat der Freiheit allein schon müßte jede Wesensgemeinschaft zwischen natürlichen und sozialen Organismen sprengen. Aus diesem Grunde ist es auch unrichtig, wenn man — dem groben, nur die Äußerlichkeit spiegelnden Sprachgebrauche folgend — die soziale Gemeinschaft und insbesondere den Staat als „von Menschen gebildet", aus Menschen zusammengesetzt vorstellt. Die Ganzheit „Mensch" geht eben in das System der Gesellschaft oder des Staates nicht ein. Es sind nur einzelmenschliche Akte, deren — durch eine spezifische Ordnung konstituierte — Einheit die soziale Gemeinschaft im allgemeinen und den Staat im besonderen darstellt. Und gerade die Rechtstheorie zeigt, wie in dieser neuen Sphäre aus deren eigenen Elementen ein neues Subjekt, ein ganz anderes als der dem System der Natur verfallene „Mensch", die juristische Person, gebildet werden muß, sofern es überhaupt eines Subjekts als eines „Trägers" der spezifischen Funktionen dieses eigengesetzlichen Systems bedarf. Tatsächlich scheint im Begriff des persönlichen Organs nur der allgemeine Personenbegriff des Rechts unter einem besonderen Aspekt aufzutreten. Das Staatsorgan als Subjekt ist offenbar nur die Rechtsperson im Hinblick auf die Rechtserzeugung oder Rechtsvollziehung. Es ist der Begriff der Rechtsperson im System der Rechtsdynamik. So wie die „Person" im allgemeinen, so ist auch das „Staatsorgan" im besonderen die Personifikation eines spezifischen Tatbestandes oder Tatbestandkomplexes. (Vgl. S. 62ff.) Weil es sich aber bei der Organfunktion um Tatbestände handelt, die innerhalb der aus Rechtsnormen gebildeten staatlichen Ordnung gesetzt sind, lautet die Antwort auf die — noch immer von „außen" an das System des Staates herangebrachte — Frage nach dem Kriterium, das die Organfunktionen von den anderen Akten des als Organ funktionierenden Menschen unterscheidet: Organfunktionen können nur zum spezifischen Inhalt einer Rechtsnorm erhobene, durch Rechtsnormen in spezifischer Weise qualifizierte, rechtlich normierte menschliche Akte sein. Indem diese menschlichen Akte in das System des

Staates eingehen, werden sie gleichsam denaturiert. Sie kommen nicht eigentlich mehr als menschliche Akte in Betracht, denn die Beziehung auf die spezifische Einheit des Menschen geht in diesem neuen Systemzusammenhang verloren, wird gegenstandslos. (Vgl. S. 62ff.) Sie werden Akte des Staates. Faßt man sie aber unter diesem Gesichtspunkt ins Auge, sieht man im Staatsorgan — so wie der Begriff es fordert — nichts als den Träger oder das Subjekt der Organfunktion, und abstrahiert man vollkommen von dem „Menschen", dann ist auch dieses Element in seiner Gänze und der Totalität seiner Funktion nach Organ und der Staat nur ein Inbegriff seiner Organe. Verzichtet man darauf, den Staat als durch „Menschen" gebildet vorzustellen, verläßt man die Sphäre der Natur — die als der Bereich der gewöhnlichen Vorstellungsweise den vorwissenschaftlich naiven Ausgangspunkt für den Einstieg in das ganz andersgesetzliche, geistig-soziale System des Staates bildet — und stellt man sich auf den Standpunkt einer immanenten Betrachtung des Staates, dann ist die Analogie zum natürlichen Organismus wieder hergestellt. So paradox es scheinen mag: Als vollkommener Organismus ist der Staat nur zu begreifen, wenn sein Begriff gänzlich aus jener Sphäre losgelöst wird, innerhalb deren der natürliche Organismus seinen Platz hat, wenn man den Staat nicht im Bereich der Natur, sondern in dem des Geistes sucht. Ein vollkommener Organismus ist aber der Staat, sofern er ein vollkommenes System darstellt, weil der Gedanke des Organismus nichts anderes ist als der Gedanke des Systems (COHEN). Der Fehler der sog. organischen Staatsauffassung ist nicht der, daß sie den Staat überhaupt als Organismus zu begreifen sucht — denn den Staat zu begreifen und ihn als organisches Ganzes begreifen ist ein und dasselbe. Sondern ihr Fehler liegt darin, daß sie ihn als natürlichen Organismus, in einer Reihe mit den biologischen Organismen, anstatt als geistigen Organismus auffaßt. Und darum ist der Staat auch nicht, wie die organische Staatstheorie meint, ein halber Organismus, sozusagen ein Semiorganismus, und die Analogie zum natürlichen Organismus ist nicht etwa — wie man annimmt, wenn man der naturalistischen Organismustheorie zu ihren unhaltbaren Konsequenzen nicht ganz folgen will — nur zum Teil, nur bis zu einem gewissen Grade richtig, sondern sie ist ganz durchführbar; nur daß es sich dabei um zwei in verschiedenen Erkenntnisbereichen liegende Systeme handelt. Die Inkonsequenz der sog. organischen Staatsauffassung, die den Staat nicht eigentlich als Organismus gelten lassen will, ihm aber dennoch „Organe" zuerkennt und ihn im übrigen ganz als organisches Ganzes zu begreifen sucht, ist nur ein Ausdruck ihrer halbschlächtigen Methode, die zwischen zwei Systemen, dem der Natur und dem des Geistes, hin und her schwankt und eben dadurch verhindert ist, den Staat als vollkommenes System und sohin als vollkommenen Organismus zu begreifen, und von der ja auch die schon in anderem Zusammenhange kritisierte „Zwei-Seiten-Theorie" ein sehr charakteristisches Zeichen liefert. (Vgl. 6f, 10ff.)

C. Staatswille und Organwille (Zurechnung).

Man pflegt die Notwendigkeit von Organen für den Staat wie für alle sozialen Gemeinschaften damit zu begründen, daß jede Gemeinschaft und sonderlich der Staat eines einheitlichen Willens bedürfe. Da man bei diesem „Willen" der Gemeinschaft und speziell auch beim Staatswillen an ein realpsychisches Phänomen denkt, ein Wille in diesem Sinne aber nur der Wille von Menschen sein kann, der Verband als solcher keinen Willen hat, muß man zu dem Schlusse kommen, daß dem Staate der für ihn notwendige Wille von Menschen gleichsam zur Verfügung gestellt werden muß. Und die Menschen, deren Wille dem Staate sozusagen abgetreten wird, deren Wille daher als Staatswille gilt, sind die Staatsorgane. Sofern man nicht den Staat mit einem mystischen Gesamtwillen ausgerüstet denkt, hilft man sich über die Schwierigkeit, dem an sich willenlosen Staat zu einem Willen

zu verhelfen, mitunter in der Weise hinweg, daß man die juristische Person des Staates, wie alle anderen juristischen Personen, so wie Menschen behandelt, die rechtlich keinen Willen haben, sofern die Rechtsordnung an ihre Willensäußerungen keine Rechtsfolgen knüpft (Kinder, Geisteskranke). Sie müssen, damit Rechtswirkungen für sie erzielt werden können, einen Stellvertreter haben, der für sie „will", d. h. dessen Willensäußerungen die Rechtsordnung Rechtswirkungen für die willensunfähigen Menschen zuerkennt. Man faßt demgemäß die Staats-Organe als eine Art von Stellvertretern des Staates auf, die für den — ohne sie willensunfähigen — Staat wollen. Alle diese Konstruktionen sind in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft. Wenn von einem „Willen" des Staates so wie von irgendeinem Verbandswillen gesprochen wird, kann damit in keiner Weise die so bezeichnete psychologische Realität gemeint sein. Es kommt gar nicht darauf an — wie alle diese Theorien mißverständlich meinen — dem (willensunfähigen) Staat einen realpsychischen Willen zu verschaffen. Sondern das, was man den einheitlichen „Willen" des Staates oder den „Willen" irgendeiner Gemeinschaft nennt, ist bloß der bildlich-anthropomorphe Ausdruck für die Einheit der den Staat oder sonst eine Gemeinschaft bildenden Ordnung. Es bedarf also gar nicht der — im übrigen ja unvollziehbaren — Vorstellung, daß irgendwelche Menschen dem Staat ihren Willen leihen; oder für den Staat als dessen Stellvertreter wollen, da Stellvertretung eben nur zwischen Menschen möglich ist; von dem Unding eines außerhalb der Einzelseele existenten oder gar eine Integration von Einzelseelen darstellenden Gesamtwillens gar nicht zu reden. Befreit man sich von dem durch die Äquivokation des Wortes „Wille" veranlaßten Mißverständnis, das in der Annahme der realpsychischen Natur des Staatswillens liegt, dann zeigt sich auch, daß der eigentümliche Prozeß, durch den die Funktion eines Menschen auf den Staat bezogen, der Akt eines Menschen als Staatsakt angesehen wird, sich gar nicht auf den — ganz und gar im Innern des Menschen verlaufenden — Willensakt, sondern auf einen äußeren — oder doch zumindest auch äußeren — Tatbestand bezieht. Nicht darauf kommt es an, daß der innerliche Willensvorgang eines Menschen auf den Staat übertragen wird, sondern darauf, daß eine bestimmt qualifizierte menschliche Handlung als solche des Staates begriffen, dem Staate zugerechnet wird. Da man einem Menschen eine Handlung darum zurechnet, sie darum als seine „eigene" Handlung ansieht, weil er sie will — während man ungewollte Handlungen, unwillkürliche Akte als bloß mechanische Reflexe, nicht als seine Handlung, ja überhaupt nicht als „Handlung" gelten läßt — darum bezeichnet man auch die dem Staate zugerechnete Handlung, die „eigene" Handlung des Staates als eine vom Staate „gewollte" Handlung. Allein man übersieht dabei, den Staat als Menschen behandelnd, daß dem Staate die Handlung nicht darum zugerechnet wird, weil er sie will, sondern daß er — umgekehrt — sie „will", weil und sofern sie ihm zugerechnet wird. Diese Zurechnung eines Tatbestandes zum Staate ist aber nichts anderes als die Beziehung dieses Tatbestandes auf die Einheit der staatlichen Ordnung. Und diese Beziehung erfolgt, weil und sofern der Tatbestand in einer Norm der staatlichen Ordnung als gesollt statuiert ist. Der Wille des Staates ist der — die Einheit der Ordnung ausdrückende — Endpunkt der Zurechnung für die als Organakte, Staatsakte qualifizierten Tatbestände. So erscheint der Staat — wie übrigens jeder Verband — unter diesem Gesichtspunkt als eine Zurechnungs-, d. h. aber als eine Ordnungseinheit. Und die Möglichkeit der Zurechnung menschlicher Handlungen zum Staate oder irgendeinem sozialen Verbande ist nicht bloß — wie man gewöhnlich annimmt — ein wesentliches Merkmal des Verbandes, das der Verband neben anderen Merkmalen hat, sondern ist geradezu das Wesen des Verbandes, der nichts anderes ist als die in der Ordnung zuzurechnender Tatbestände konstituierte Einheit dieser Tatbestände selbst.

D. Das Organ als natürliches Faktum.

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, daß ein Mensch als Verbandsorgan — richtiger ein Tatbestand als Organfunktion und sohin als Verbands- bzw. Staatsakt — nicht verstanden werden kann, ohne eine diesen Menschen bzw. seine Funktion qualifizierende Ordnung. Dies muß nur gegenüber der weitverbreiteten Vorstellung betont werden, als ob das Verbandsorgan ein sozusagen natürliches Faktum wäre, das zeitlich der — an dieses Faktum erst anknüpfenden — ideellen Ordnung vorausgehe. Man meint — im Hinblick auf gewisse Erscheinungen bei gesellig lebenden Tieren — annehmen zu dürfen, daß sich schon in ganz primitiven Stadien der gesellschaftlichen Entwicklung gewisse Individuen zu Organen der Gruppe, zu Führern, Schutzposten u. dgl. entwickeln, und daß erst später eine bewußte Organisation, vollends eine Rechtsordnung hinzutritt, die solche Organe normiert. Wenn man schon bei einem Rudel von Hirschen einen Leithirsch und Horchposten beobachten und dabei doch die Annahme ausschließen kann, daß diese Tiere eine Rechtsordnung besitzen, scheint nichts näher zu liegen, als daß bei den menschlichen Gruppen die Rechtsordnung erst in einer verhältnismäßig fortgeschrittenen Phase der Entwicklung auftritt, nachdem längst schon verschiedentliche Gruppenorgane existent geworden. Allein wenn die wissenschaftliche Betrachtung einer primitiven Gruppe oder gar einer sogenannten Tiergesellschaft das Verhalten irgendeines Gliedes als Organfunktion deutet, ist solche Deutung nicht ohne die — wenn auch nur stillschweigende — Voraussetzung eines Deutungsschemas möglich. Als solches fungiert eben eine von dem Deutenden nach Analogie der eigenen sozialen Ordnung auch für das zu deutende Material hypothetisch vorausgesetzte Ordnung. Nur wenn man das Rudel von Hirschen so betrachtet, als ob für sein Verhalten eine bestimmte soziale Ordnung gälte, kann man aus der Fülle der Bewegungen aller Individuen einzelne als dieser Ordnung entsprechende, auf die Einheit der Gruppe zu beziehende Akte als Organfunktionen deutend hervorheben. Eine andere, freilich erst bei Menschengruppen gestellte Frage ist, ob die Gruppenglieder selbst ihre Handlungen so deuten, ob und wann sie sich einer Ordnung ihres gegenseitigen Verhaltens bewußt werden. Aber selbst wenn man es nicht ablehnen würde, von Gesellschaft oder gar von Staat zu sprechen, solange nicht das Bewußtsein solcher Ordnung existent ist, so ist doch sicher, daß die Begriffe des sozialen Organs und der sozialen Ordnung in so untrennbarer Korrelation stehen, daß das eine nur zugleich mit dem anderen, ja das eine nur im anderen gedacht werden kann. Wollte man das Organ als bloßes Faktum ansprechen, könnte und müßte man das Gleiche von der sozialen Ordnung tun. Indes findet sich bei beiden Faktum und Idee zugleich. Der Grundirrtum ist eben der, daß man das soziale Organ als ein natürliches, in der Welt der kausalen Wirklichkeit wahrnehmbares Faktum vorzufinden glaubt. Es ist nicht so, daß die soziale Organbildung oder Organisierung zunächst als ein rein tatsächlicher Vorgang vor sich geht und daß erst später eine ideelle Ordnung, speziell die Rechtsordnung, hinzutritt. Die Erhebung der primitiven Organisation zur Ordnung und Rechtsordnung ist nicht ein Aufstieg aus dem bloß Faktischen ins Ideelle, sondern ist der Wandel einer primitiven sozialen Ordnung zur Rechtsordnung. Und die primitive Ordnung ist ebenso wie die fortgeschrittene Rechtsordnung ein ideelles Deutungsschema für faktische Tatbestände. Die Existenz von Organen bedeutet die Existenz einer Organisation; und Organisation ist ohne Ordnung schon darum undenkbar, weil beide Worte vollkommen gleichbedeutend sind. Wobei zuzugeben ist, daß das Bewußtwerden der sozialen Ordnung in den Gliedern des Verbandes in demselben Maße zunimmt, als die Rechtswerdung fortschreitet. Zumal wenn man von einer Rechts- oder Staatsordnung erst bei arbeitsteilig funktionierenden Organen sprechen will. Denn der Organfunktion wird man sich begreiflicherweise um so deutlicher bewußt, je schärfer sie sich von der Masse anderer Verhaltungs-

weisen des Individuums abhebt. Und das ist dann der Fall, wenn gewisse besonders bedeutsame Funktionen — wie die Bestrafung des Übeltäters — nicht mehr von jedem beliebigen Gliede des Verbandes, sondern nur von bestimmten Individuen besorgt werden dürfen.

Wenn man den ursprünglich bloß faktischen Charakter der Organexistenz auch bei dem revolutionären Umsturz einer schon hochentwickelten staatlichen Rechtsordnung konstatieren zu können glaubt, indem man darauf hinweist, daß sich vor Aufstellung der neuen staatlichen Ordnung rein tatsächlich gewisse neue Organe bilden, die — im Besitze der Macht — später durch die Schaffung einer neuen Verfassung ihre eigene Stellung legitimieren (Jellinek), so übersieht man, daß der Tatbestand der revolutionären Machtergreifung und die darauf gegründete Machtentfaltung ohne die — wenn vielleicht auch antizipierende — Annahme einer zu solcher Tätigkeit ermächtigenden Ordnung nur als Äußerungen nackter Gewalt einzelner Menschen gegen einzelne Menschen, nur als natürlicher Kausalvorgang, nicht aber als Organfunktion, nicht als soziales Geschehen begriffen werden kann, daß man in demselben Augenblick, in dem man den Usurpator als Organ des Verbandes auffaßt, von einer neuen Ordnung als einem neuen Deutungsschema ausgeht. Ein Organ ohne Ordnung ist ein Ungedanke. Es ist im übrigen der gleiche Irrtum, der sich auch in der Lehre zeigt, die das Verhältnis von Staat und Recht (als ein Verhältnis von Faktum und Idee) in der Weise darstellt, daß sie erst den Staat als ein Faktum der Gewalt entstehen läßt, um dann vom Staat eine ideelle Rechtsordnung aufstellen zu lassen. (Vgl. S. 78, 98).

§ 39. Der Rechtsinhaltsbegriff des Staatsorgans.

A. Der formale und der materielle Organbegriff.

Das Bemühen, den Begriff, richtiger: den überaus schwankenden Sprachgebrauch des Wortes „Staatsorgan" festzustellen, führt zu der Erkenntnis, daß die gleich anfangs aufgezeigte Grundtendenz, die Organfunktion als die dem Staate zurechenbare Funktion der Erzeugung oder Vollziehung des Staatswillens als der Staatsordnung zu begreifen, durch andere, methodologisch sehr verschiedene und kaum vereinbare Prinzipien getrübt wird. Die Grundtendenz geht auf einen streng positiven Rechtswesensbegriff. Allein an Gegenströmungen ist nicht nur die bereits angedeutete ethisch-politische Erwägung zu konstatieren, die, nach dem Zweck der Staatsordnung orientiert, als Organfunktion nur die sozial erwünschten, das Zusammenleben fördernden Tatbestände gelten lassen will, sondern vor allem ein rechtsinhaltliches Prinzip, das Bestreben, den Begriff des Staatsorgans nach gewissen, in den verschiedenen Staatsordnungen verschieden gestalteten inhaltlichen Kriterien zu bestimmen, ein Prinzip, das mit dem Rechtswesensbegriff des Staatsorgans in ständiger Konkurrenz steht. Die außerordentliche Unsicherheit des für die Staatslehre so grundlegenden Staatsorganbegriffes ist auf diesen Kampf um seine Baugrundlagen zurückzuführen.

Während der Rechtswesensbegriff des Organs ein Funktionsbegriff ist, indem als Organ qualifiziert ist, wer eine bestimmte Funktion: Erzeugung oder Vollziehung des Staatswillens, versieht, zielt der Rechtsinhaltsbegriff des Staatsorgans auf eine persönliche Qualifikation des die Organfunktion Vollziehenden. Zum Tatbestand des Staatsorgans genügt nicht eine bestimmte Funktion innerhalb des Systems; vielmehr wird noch eine spezifische Qualifikation des sogenannten Organträgers, das ist des Menschen, gefordert, der als Organ auftritt. Diese spezifische Qualifikation soll — wie man sich wohl auszudrücken pflegt — ein festeres „Verhältnis" der Organträger zum „Staat" begründen, als in der bloßen Tatsache zu erblicken ist, daß jemand überhaupt eine Funktion „für den Staat" oder besser gesagt: eine Funktion im Staat leistet, d. h. einen Tatbestand innerhalb des Systems Staat setzt. Sieht man von

der irreführenden Vorstellung eines Verhältnisses zwischen Staatsorgan und Staat ab — es gibt nicht einen Staat und ein ihm gegenüber stehendes Staatsorgan, zwischen denen irgendein „Verhältnis" möglich wäre, der Staat „ist" nicht neben, sondern nur in „seinen" Staatsorganen, ist nur die Einheit der Organfunktionen — dann soll mit dieser Annahme eines „festeren" Verhältnisses nichts anderes als eine gewisse Intensivierung der Organfunktion bei gewissen Menschen zum Ausdruck kommen. Aus dem weiteren Organbegriff scheidet ein engerer aus, der Organfunktionen von Menschen umfaßt, die mehr und nachdrücklicher als andere Staatsorganfunktionen leisten, und deren Funktion wohl auch für besonders bedeutend angesehen wird. Von dem allgemeinen Begriff des Staatsorgans löst sich der besondere des Staatsdieners oder Staatsbeamten. Feste, allgemeingültige Merkmale dieser Qualifikation anzugeben, ist nicht möglich. Nur mehr oder weniger typische Momente lassen sich aufzeigen.

B. Die Pflichtmäßigkeit der Funktion.

In erster Linie kommt in Betracht die Pflichtmäßigkeit der Funktion. Die Stetigkeit und Sicherheit der Funktion wird dadurch garantiert, daß sie zur Rechtspflicht gemacht, d. h. daß das Nicht- oder Nicht-Entsprechend-Funktionieren als Bedingung einer Strafe gesetzt wird. Wo die Funktion nicht den Inhalt einer Rechtspflicht bildet, spricht man in der Regel von einem subjektiven „Recht" zur Funktion oder auf die Funktion. Doch hat dies meist nur die negative Bedeutung, daß das Unterlassen der Funktion keine Unrechtsfolge für den Unterlasser nach sich zieht. Weder kann man behaupten, daß gerade die wichtigsten Funktionen pflichtmäßig garantiert werden, noch reicht das Pflichtmoment hin, um dem Funktionär den Staatsbeamtencharakter zu verleihen. Die Wahl des Parlamentes beschafft eines der wichtigsten Willensorgane des Staates; trotzdem statuieren die Verfassungen meist ein Wahlrecht, und nur selten Wahlpflicht. Das politische Interesse gilt als hinreichende Garantie dafür, daß diese Funktion zustandekomme. Aber auch der zur Wahl — richtiger zum Abstimmungsakt — rechtlich verpflichtete Wähler wird nicht als Staatsdiener, Staatsbeamter angesprochen, obgleich er heute schon ganz allgemein als Staatsorgan, sein Akt als Organfunktion anerkannt wird. Auch die Tätigkeit des gewählten — oder sonstwie berufenen — Parlamentsmitgliedes ist in der Regel keine pflichtmäßige, oder es ist die Strafsanktion für den Fall des schuldhaften Funktionsausfalles nur eine sehr geringe. Und obgleich die Organqualität des Parlamentes als Ganzen und sohin des einzelnen Parlamentsmitgliedes als eines Organteiles außer Zweifel steht, so ist doch auch in diesem Falle nicht von Staatsdienern oder Staatsbeamten die Rede, obgleich andere diesen Begriff konstituierende Merkmale vorliegen.

Mit der Pflichtmäßigkeit der Funktion ist — begriffsnotwendig — die Verantwortlichkeit verbunden. Beides ist im Grunde genommen ident. Die Geltendmachung der Verantwortlichkeit besteht in der Verhängung der Straffolge wegen Pflichtverletzung. Spezielle Normen für diese Verantwortlichkeit und insbesondere die Konstituierung besonderer Organe für ihre Geltendmachung (Ausscheidung der Disziplinarstrafrechtspflege aus der allgemeinen Strafgerichtsbarkeit) gegehört zu den typischen Merkmalen des Staatsbeamten. Doch ist zu beachten, daß auch dies kein notwendiges Moment ist. Demokratische Verfassungen zeigen keine sonderliche Tendenz nach einer disziplinarrechtlichen Sonderstellung der Beamten. Dies ist vielmehr ein Spezifikum monarchischer Staaten, speziell der konstitutionellen Monarchie, die überhaupt für die Ausprägung des Staatsorgans zum Staatsbeamten entscheidend ist.

C. Die Berufsmäßigkeit und Entgeltlichkeit der Funktion.

Im innigsten Zusammenhange mit der Pflichtmäßigkeit der Organfunktion steht ihre Berufsmäßigkeit, deren prinzipielle Voraussetzung die Arbeitsteiligkeit

der Funktion. Schon in anderem Zusammenhange wurde darauf aufmerksam gemacht, daß die Organfunktion deutlich erst zum Bewußtsein kommt, wenn die Staatsfunktionen nicht von jedem beliebigen, sondern immer nur von ganz bestimmten, besonders qualifizierten Individuen versehen werden. Und es bedeutet eine weitere Steigerung nach dieser Richtung, wenn besondere Funktionen dauernd und darum berufsmäßig von bestimmten, diese Funktionen als Lebensberuf ausübenden Individuen versehen werden. Die Berufsmäßigkeit steht in begreiflicher Verbindung mit der Entgeltlichkeit. Doch ist Berufsmäßigkeit der Funktion auch ohne Entgeltlichkeit möglich, so wie Entgelt auch für nicht berufsmäßige Funktion geleistet werden kann. Bezeichnet man die unentgeltliche Staatsfunktion als „Ehrenamt" und den Funktionär als „Ehrenbeamten", so ist wohl in der Regel der Fälle der Ehrenbeamte kein Berufsbeamter; doch spricht man von einem „Ehrenamt" noch nicht bei bloß okkasioneller Funktion; eine gewisse Stetigkeit und Häufigkeit des Funktionierens ist gefordert, wenn auch die Verbindbarkeit mit einem anderen Berufe als Hauptberuf als Regel gilt. Doch ist auch ehrenamtliche Funktion als Hauptberuf mit Ausschluß jedes anderen Berufes möglich; hier jedoch meist mit zeitlicher Begrenzung der Funktionsperiode. Der berufsmäßige, gegen Entgelt dienende Staatsbeamte ist in der Regel auf Lebensdauer oder doch bis zu einer festen Altersgrenze berufen.

Das Entgelt des Staatsbeamten besteht meist in einem festen, für die verschiedenen Kategorien von Beamten mit Rücksicht auf ihre Stellung in der Hierarchie abgestuften, in der Regel gesetzlich normierten Gehalt. Meist gebühren dem Beamten nach Vollendung einer bestimmten Dienstzeit oder bei unverschuldeter Dienstunfähigkeit Ruhegenüsse (Pensionen), und im Falle seines Ablebens Versorgungsgenüsse für seine Witwe und unmündigen Kinder. Doch ist das keineswegs eine Besonderheit der Staatsbeamten. Auch private Unternehmungen können ihren Angestellten solche Rechtsstellung gewähren. Oder es kann das Institut der Pensionsversicherung bestehen: ein spezieller „öffentlichrechtlicher" Fonds, gebildet durch pflichtmäßige Beiträge der Unternehmer und Angestellten, aus dem die Ruhe- und Versorgungsgenüsse der privaten Angestellten bestritten werden. Die Bezahlung an die Staatsbeamten leistet der Staat als „Fiskus", d. h. aus demselben Vermögen, aus dem auch die übrigen in einem System der Privatwirtschaft unvermeidlichen Kosten der staatlichen Funktionen bestritten werden. Dabei ist es für den konventionellen Begriff des „Staatsbeamten" von Bedeutung, daß die Bezahlung aus dem als „Staatskasse" bezeichneten, für die Gesamtstaatszwecke bestimmten allgemeinen Zentralfonds erfolgt. Beamte, die sonst in jeder Hinsicht den Staatsbeamten gleichen, ihre Bezahlung aber aus einer anderen als dieser, wenn auch „öffentlichen" Quelle erhalten, wie z. B. Gemeinde- oder Landesbeamte, werden meist nicht als „Staats"-Beamte im eigentlichen Sinne gelten gelassen. Ebenso Beamte, die aus einem speziellen Staats-Fonds bezahlt werden: so z. B. Staatsbahnbeamte, die aus dem aus den Einnahmen der Staatsbahnen gebildeten, für den Betrieb dieser Bahnen bestimmten Fonds bezahlt werden. Daß es sich dabei um Funktionen handelt, die primär als solche einer — relativ selbständigen — Teilordnung innerhalb der gesamtstaatlichen Ordnung erscheinen, kommt natürlich auch in Betracht. Ebenso die Tatsache, daß die Berufung des Beamten direkt oder indirekt von einem Zentralorgan ausgeht, das wenigstens grundsätzlich Kompetenz für den ganzen Geltungsbereich der staatlichen Ordnung hat. Der Unterschied zwischen Staatsbeamten und Beamten der sogenannten Selbstverwaltungskörper — die selbst nur Organe des Staates sind — beruht auch darauf, daß die Berufung hier von lokalen oder partialen Autoritäten erfolgt, ohne daß das Zentralorgan auf diese Berufung Einfluß hat.

Dem Typus des „Beamten" entspricht es mehr, wenn diese Berufung als Ernennung und nicht als Wahl von seiten der Normunterworfenen erfolgt. Zwar

ist mit dem Begriff des Beamten, sofern sich ein solcher überhaupt fest abgrenzen läßt, die Wahl als Berufungsart nicht grundsätzlich unvereinbar. Allein man ist doch nicht geneigt, gewählte Organe als „Beamte“ anzusprechen. So wie ja der ganze Typus des „Beamten“ mit seiner in beruflicher Fachkenntnis beruhenden Qualifikation und seiner durch Sondernormen bestimmten Rechtsstellung mehr einer autokratischen Ideologie entspricht.

D. Die besondere Rechtsstellung des Beamten.

1. Die Anstellung. Die Rechtsstellung des Staatsbeamten beruht in den modernen Staaten nicht auf dem durch die Privatrechtsordnung der bürgerlichen Gesetzbücher geregelten Dienstvertrage, durch den nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ des Dienstverhältnisses wenigstens grundsätzlich der freien Übereinkunft von Dienstgeber und Dienstnehmer überlassen ist. Rechte und Pflichten des Staatsbeamten sind in der Regel durch ein Spezialgesetz bestimmt, das im wesentlichen nur den Eintritt in das Dienstverhältnis von einem die Einstellung des Beamten in den Staatsdienst, seine Anstellung, beinhaltenden Akt des hiezu kompetenten Organs und der Zustimmung des anzustellenden Beamten abhängig macht. Ob darin der Tatbestand eines Vertrages zu erblicken ist oder nicht, hängt von der Begriffsbestimmung des letzteren ab. Sofern darunter nichts anderes als eine übereinstimmende Willensäußerung als Bedingung für den Eintritt von Rechtsfolgen zu verstehen ist, kann auch das die Rechtsstellung des Beamten begründende Rechtsgeschäft als Vertrag angesprochen werden. Nimmt man als zum Wesen des Vertrages gehörig an, daß er auch die unmittelbaren Rechtsfolgen, nämlich die gegenseitigen Pflichten und Rechte der Kontrahenten ihrem Inhalte nach bestimmen müsse, daß also durch Vertrag nicht bloß das „Ob“, sondern auch das „Wie“ des Dienstverhältnisses bestimmt werden müsse, damit von vertragsmäßiger Begründung die Rede sein könne, dann liegt ein vom Vertrag verschiedener Tatbestand vor. Denn der Inhalt der Pflichten und Rechte des Beamten wird durch die allgemeine Dienstordnung bestimmt, ohne daß der anzustellende Beamte — in der Regel wenigstens — darauf einen Einfluß hat. Solange aber das dienstrechtliche Verhältnis nicht ohne die Zustimmung des Beamten begründet werden kann, solange seine Willensäußerung eine ebensolche Bedingung ist wie der Anstellungsakt des die Anstellung vollziehenden Staatsorgans, solange müssen beide Akte zusammen als gleich notwendige Bedingungen angesehen werden, und ist kein hinreichender Grund dafür vorhanden, dem einen oder dem anderen in der juristischen Deutung einen Vorzug zu geben. Insbesondere ist dann die heute verbreitete Anschauung unhaltbar, derzufolge als der das Dienstverhältnis begründende Akt ausschließlich und allein der die Anstellung aussprechende Verwaltungsakt der Ernennung anzusehen, die Zustimmung des Anzustellenden aber nur eine Voraussetzung für den einseitigen Anstellungsakt ist, weil dieser für sich allein das Wirkende sei. Aus der Natur des Anstellungsaktes läßt sich dies jedenfalls nicht deduzieren. Allein nichts steht im Wege, daß positivrechtlich dem Anstellungsakte solche Vorzugsstellung gegeben wird. Dies kann in der Weise geschehen, daß der Anstellungsakt als einer jener Rechtsakte erklärt wird, denen die Rechtsordnung auch für den Fall ihrer Mangelhaftigkeit solange Rechtswirkung zuerkennt, bis sie durch einen anderen Rechtsakt aufgehoben werden; dann ist der Anstellungsakt — auch wenn ihm die Zustimmung des Anzustellenden — oder irgendeine andere Voraussetzung — fehlt, wirksam, bis er durch einen behördlichen Akt kassiert wird, ja er kann eventuell dauernd in Rechtskraft erwachsen. Ist dagegen die Anstellung des Staatsbeamten so wie die eines privaten Angestellten anzusehen, dann ist der ohne Zustimmung des Anzustellenden erfolgte Ernennungsakt — so wie ein anderes Rechtsgeschäft — von der zur Entscheidung berufenen Behörde als a priori nichtig zu behandeln. (Inwieweit eine solche „Nichtigkeit“ auch nur einen besonderen Fall der Vernichtbarkeit darstellt, wird in

anderem Zusammenhange erörtert.) Schwierigkeit für die Deutung ergibt sich aber aus dem Umstand, daß die positive Rechtsordnung sich meist nicht klar genug darüber ausspricht, ob der Akt der Anstellung diese Vorzugsstellung eines „behördlichen“ Aktes genießt oder wie ein nicht behördlicher Rechtsakt, wie ein Rechtsgeschäft der Parteien, als sogenannte bloße Parteierklärung aufzufassen ist. (Vgl. S. 276f., 295.)

2. Die Dienstordnung. Die Dienstordnung (Dienstpragmatik) für Staatsbeamte setzt in der Regel eine Rangordnung fest. Die soziale Mehrwertung des höheren vor dem niederen Beamten drückt sich rechtlich in der Titulierung oder äußeren Abzeichen u. dgl. aus. Der Aufstieg in der Rangordnung ist meist mit einem Aufstieg in höhere Gehaltsklassen verbunden. Doch ist dies nicht notwendig der Fall. Demokratischen Prinzipien entspricht der Verzicht auf jede Rangdifferenzierung; aber auch jede Gehaltsdifferenzierung ist undemokratisch. Doch beschränken sich demokratische Verfassungen wohl meist darauf, die Rangs-, nicht aber die Gehaltshierarchie abzuschaffen. Manche Dienstordnungen garantieren ein gewisses Zeitavancement in den Gehaltsklassen. Verschieden von den persönlichen Rangstufen der Beamten ist die sachliche Über- und Unterordnung der Organe im Prozeß der staatlichen Willensbildung. In der Regel — aber keineswegs ohne Ausnahme — ist der Vorgesetzte auch ein in der Rangsklasse Höherer. Die den Inhalt des Dienstverhältnisses bestimmende Dienstordnung sichert den Staatsbeamten in der Regel gegen die Möglichkeit einer gegen seinen Willen erfolgenden Entlassung. Die Fälle, in denen solche einseitige Entlassung ausnahmsweise zulässig ist, werden ausdrücklich normiert. Hier kommt vor allem der Fall strafweiser Entlassung auf Grund eines Disziplinarverfahrens und der wegen festgestellter Dienstunfähigkeit in Betracht.

3. Die Vertragsbeamten des Staates. Neben den dienstordnungsgemäß (pragmatisch) Angestellten gibt es auch sogenannte „Vertragsbeamte“ des Staates, deren Dienstverhältnis auf einem nicht nur das Ob, sondern auch das Wie bestimmenden Dienstvertrag beruht. Überdies sind mannigfache Zwischenstufen zwischen dienstordnungsmäßig und vertragsmäßig angestellten Beamten zu unterscheiden. Gerade die obersten Organe — Staatsoberhaupt, Minister — sind nicht dienstordnungsmäßig und insbesondere nicht auf Lebenszeit, sondern entweder nur für bestimmte kurze Zeit oder auf jederzeitigen Abruf bestellte Beamte, auf die der „Beamten“- oder Staats„diener“-Begriff schon keine rechte Anwendung mehr findet. Ihre Stellen sind durch Spezialnormen geregelt. Aber auch zwischen dem, wenn auch nur vertragsmäßig, aber doch immerhin berufsmäßig Staatsfunktion leistenden Beamten und dem nur als Träger eines einzelnen Rechtsakts — etwa eines privaten Rechtsgeschäftes — fungierenden Rechts- oder Staatsorgan im weitesten Sinne des Wortes schieben sich Zwischenformen ein. Etwa der dem „Staat“ auf Grund eines dauernden Lieferungsvertrages verkaufende Fabrikant oder der ein Verwaltungsgebäude gegen einmalige Entlohnung bauende Architekt.

4. Die Treupflicht der Staatsbeamten. Als zum Inhalt des Staatsdienstverhältnisses gehörig pflegt man gewöhnlich eine besondere Treueverpflichtung anzunehmen. Sofern die Dienstordnung oder andere Rechtsnormen eine solche Pflicht nicht ausdrücklich statuieren oder durch Delegation von Moralnormen solche zum Rechtsinhalt erheben, kann von Treuepflicht als einer über die sonstigen, positiv normierten Pflichten des Staatsdieners hinausgehenden Verbindlichkeit keine Rede sein. Aus der Natur des Dienstverhältnisses, aus der Würde oder dem sittlichen Wert des Staates — den man sich als Dienstherrn vorstellt — kann keine solche Pflicht deduziert werden, obgleich dies nicht selten versucht wird. Dabei dürfte wohl der sich mit dem Staate identifizierende Monarch eine gewisse Rolle gespielt haben, demgegenüber eine persönliche Treueverpflichtung der Beamten besondere Bedeutung gewinnt. Im Zusammenhang mit der durchaus ethisch charakterisierten Treue-

pflicht steht die meist auch positivrechtlich geradezu als Bedingung für den Dienstantritt normierte Eidesleistung des Beamten. Wo man religiöse Formen, speziell die für den Eid wesentliche Anrufung Gottes vermeiden will, begnügt man sich mit einem bei Dienstantritt zu leistendem Gelöbnis, dem feierlichen Versprechen, die auferlegten Rechtspflichten erfüllen zu wollen. Durch Eid oder Gelöbnis wird an dem Rechtsinhalt des Dienstverhältnisses nichts geändert; durch die Rechtsordnung vorgeschrieben, bedeuten sie einen Rechtstatbestand, dessen Zweck es ist, durch Heranziehung sittlich-religiöser Vorstellungen die Erfüllung der Rechtspflichten zu garantieren.

E. Der Rechtsinhaltsbegriff des Staates.

Die auf die bezeichnete Art persönlich qualifizierten Organe bilden jenes relativ festere Gerippe des Staates, an das man denkt, wenn man von dem sogenannten „Staatsapparat" spricht. Zu ihm gehört — wenn man dem Sprachgebrauch nachspürt — nicht nur der aus „Beamten" im technischen Sinne bestehende bürokratische Apparat, sondern auch gewisse nicht verbeamtete Funktionäre, Träger besonders wichtiger, politisch bedeutsamer Funktionen; es handelt sich dabei besonders um Funktionen der staatlichen Willensbildung höherer Stufe, insbesondere Gesetzgebung, also die Wähler des Parlaments, dieses selbst, bzw. seine Mitglieder u. a. m. Eine irgendwie feste Abgrenzung dieser rechtsinhaltlich qualifizierten Tatbestände von den anderen nur als Rechtsfunktionen schlechthin charakterisierten Tatbeständen ist nicht möglich. Es ist — wenn ein biologischer Vergleich gestattet ist — wie ein sich allmählich verfestigender Kern, dessen Grenzen sich keineswegs scharf von der übrigen Masse des Zellplasmas abheben. Nur diesen rechtsinhaltlichen Begriff des Staatsorgans kann man den anderen Trägern von Rechtsfunktionen als den Untertanen, den nicht als Staats-„Organ" funktionierenden Rechtssubjekten, den bloß als Rechtsorganen schlechthin auftretenden Menschen gegenüberstellen. Als Staatsfunktion im engeren Sinne bezeichnet man dann sowohl alles, als auch nur was dieser Staatsapparat besorgt. Und während der Rechtswesensbegriff des Organs sich nach der Organfunktion bestimmt, als Staatsorgan gilt, wer eine Organfunktion versieht und nur weil und soweit er sie versieht; bestimmt sich umgekehrt die Staatsfunktion nach dem rechtsinhaltlichen Organbegriff: als Organfunktion, d. h. als Staatsakt gilt ein Tatbestand nur, sofern er von einem Staatsorgan in diesem rechtsinhaltlichen Sinne gesetzt wird. Und gilt jeder Akt, den ein solches Organ kompetenzmäßig setzt. Es ist ein rechtsinhaltlicher Begriff des Staates, der mit diesem Organbegriff bestimmt wird: der Staat als ein spezieller Rechtsinhalt, als eine inhaltlich bestimmte Teilordnung, der Staat als ein besonderes Institut des Rechtes. So wie der Rechtswesensbegriff mit dem Rechtsinhaltsbegriff des Organs, so stehen auch der Rechtswesensbegriff des Staates als Totalität der Rechtsordnung mit dem Rechtsinhaltsbegriff des Staates als einer besonderen Teilrechtsordnung in dauernder Konkurrenz, ja in stetem Konflikt. Der Sprachgebrauch verwechselt ständig beide miteinander und schafft dadurch eine schier unerschöpfliche Quelle von Mißverständnissen und Widersprüchen. Schon aus diesem Grunde ist die Brauchbarkeit des rechtsinhaltlichen Staatsbegriffes mehr als fraglich. Dazu kommt aber die Tatsache, daß es schlechthin unmöglich ist, seinen Umfang und Inhalt auch nur einigermaßen fest zu bestimmen. Nichts ist bezeichnender für den Stand der Staatslehre, als daß sie — obgleich sie sich offenbar immer wieder dieses rechtsinhaltlichen Staatsbegriffes im Widerspruch zu dem von ihr gleichfalls intendierten Rechtswesensbegriff bedient — noch nicht einmal den Versuch gemacht hat, ihn zu bestimmen. Aus der gegebenen Terminologie, die sich hier noch ganz und gar nicht über das Niveau des vorwissenschaftlichen, populär naiven Sprachgebrauches erhebt, ist eigentlich weniger ein fester Begriff, als vielmehr nur der dunkle Drang nach einem solchen zu konstatieren. Stellt man an die bisherige Theorie die Frage:

was ist ein Staatsorgan — damit die Frage nach dem Kriterium des Staatsaktes und sohin des Staates stellend — so erhält man zur Antwort: jener Mensch, dessen Wille oder Handlung als solche des Staates gilt, weil er den Willen des Staates erzeugt oder vollzieht. Da diese Charakteristik aber schlechthin auf jeden Rechtsakt paßt, erklärt man: Staatsakt ist der Rechtsakt, der von Staatsorganen gesetzt ist. Der Zirkel ist vollendet, wenn das Staatsorgan nicht anders bestimmt wird als aus dem Wesen des Staatsaktes. Hier müßte der rechtsinhaltliche Organbegriff einsetzen, den allerdings die Theorie bisher zu leisten nicht imstande war.

F. Die Behörde.

Im Zusammenhang mit dem rechtsinhaltlichen Organbegriff steht der Begriff der ,,Behörde“ und des behördlichen Staatsaktes. In ihm soll die normsetzende, rechtserzeugende und nicht so sehr die vollziehende Funktion zum Ausdruck kommen. Der reine Vollzugsakt gilt nicht als behördlicher Akt. Dieser kennzeichnet sich durch seinen verbindlichen Charakter. Man drückt das auch so aus, daß man im behördlichen Akt den Ausdruck des staatlichen ,,Imperiums“ sieht. Allein das Imperium ist nichts anderes als die verpflichtende Norm; es kommt nur in dem Setzen der verbindlichen Norm zur Erscheinung. Der behördliche Akt ist seinem Wesen nach Norm, generelle oder individuelle Norm. Doch nur eine Norm, die vom Organ im rechtsinhaltlichen Sinne des Wortes gesetzt ist. Das — zweifellos auch Normcharakter tragende — Rechtsgeschäft, das nach den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches nicht von Organen in diesem engeren Sinne, sondern nur von den ,,Untertanen“ als ,,Parteien“, gesetzt wird, gilt nicht als behördlicher Akt. Der Normsetzungsakt muß von diesem spezifischen Staatsapparat ausgehen, um als ,,behördlicher Akt“ zu gelten. Ein Kriterium des behördlichen Aktes darin zu suchen, daß er einseitig, d. h. ohne Mitwirkung des durch ihn zu bindenden Subjektes — also autokratisch — ergeht, wäre kurzsichtig. Denn erstlich sind auch einseitig verbindliche Rechtsakte als private Rechtsgeschäfte möglich; und dann gibt es auch behördliche Akte, an deren Zustandekommen der zu Bindende beteiligt ist. (Anstellung im Staatsdienst, Naturalisation.) Dabei ist es eine Besonderheit des Sprachgebrauches, daß man gerade den Gesetzgebungsakt nicht als behördlichen Akt, weil das Gesetzgebungsorgan nicht eigentlich als ,,Behörde“ im engeren Sinne des Wortes gelten lassen will. Das Wort ,,Staatsakt“ umfaßt auch die Gesetzgebungsakte, aber auch die reinen Vollzugsakte, die keine Normsetzung mehr sind.

Den normsetzenden Staatsakten (darunter die behördlichen und die Gesetzgebungsakte verstanden) ist man insofern geneigt den bloßen Rechtsakten gegenüber eine gewisse Vorzugsstellung einzuräumen, als man bezüglich ihrer den Grundsatz aufstellt, daß sie auch im Falle ihrer Mangelhaftigkeit so lange zu Recht bestehen, also verbindlich sind, bis sie nicht — von dem Falle abgesehen, daß sie ihre Geltung selbst befristen — durch einen anderen, hiezu durch die Rechtsordnung ausdrücklich bestimmten Staatsakt aufgehoben werden. Mit anderen Worten: Staatsakte — in dem oben entwickelten Sinne — sollen im Falle ihrer Fehlerhaftigkeit nur vernichtbar, nicht aber von vornherein nichtig sein, während private Rechtsakte — Rechtsgeschäfte — auch a priori nichtig sein können. In diesem von der Theorie mehr oder weniger deutlich ausgesprochenen, meist nur stillschweigend vorausgesetzten Grundsatz drückt sich — nur wesentlich verallgemeinert und ins Rechtstechnische übersetzt — ein schon in anderem Zusammenhange erwähnter Gedanke aus: daß die Vermutung für die Rechtmäßigkeit der obersten Staatsakte spricht. Naturrecht liegt hier wie dort vor, wenn man den Grundsatz aus der Natur der Staatsakte abzuleiten versucht. A priori ist kein Grund dafür gegeben, den rechterzeugenden Akt des privaten Rechtsgeschäftes anders zu beurteilen als einen Verwaltungs- oder einen Gesetzesakt. Doch ist es ohne weiteres möglich,

positivrechtlich die verschiedenen Rechtsakte in bezug auf die Frage: bloße Vernichtbarkeit oder mögliche Nichtigkeit aus rechtspolitischen Gründen zu differenzieren. Und es ließen sich vielleicht auch Gründe für derartige Bevorzugung der konventionellerweise im Begriff des Staatsaktes zusammengefaßten Rechtsakte anführen. Sonderlich, sofern es sich um Rechtsakte der höheren Stufe handelt, auf denen die große Masse der individuellen Akte der niederen Stufen gegründet ist. Nur daß es, streng genommen, unzulässig ist, daß die Interpretation dem Gesetzgeber eine solche rechtspolitische Tendenz insinuiert, ohne daß sich irgendein Ausdruck dieser Tendenz in den positiven Rechtsnormen findet. Freilich unterläßt der Gesetzgeber häufig nur darum, etwas positivrechtlich zu normieren, weil es ihm die — naturrechtliche — Rechtstheorie als aus der Natur der Sache hervorgehend dargestellt hat. Gerade in dieser Wirkung auf den Gesetzgeber liegt eine der größten Gefahren einer naturrechtlich infizierten Theorie. Und nach dieser Richtung bewähren sich auch die praktischen Wirkungen einer gereinigten Lehre vom positiven Recht.

Bei der Frage, ob ein Rechtsakt, im Falle er der ihn als Tatbestand regelnden Norm nicht entspricht, a priori als nichtig oder nur als vernichtbar zu gelten habe, muß man sich davor hüten, Nichtigkeit und Vernichtbarkeit als absolute Gegensätze aufzufassen. Auch die Nichtigkeit muß rechtmäßig, d. h. in einem vom Recht geordneten Verfahren festgestellt werden. Die Rechtsordnung kann die Nichtigkeit eines Aktes nur an das — durch einen hiezu berufenen Rechtsakt auszusprechende — Urteil der Nichtigkeit knüpfen. Denn wenn die Rechtsordnung bestimmt, daß ein Akt unter bestimmten Bedingungen nichtig sein soll, muß sie zugleich bestimmen, wer darüber zu entscheiden hat, ob die Bedingungen und daher die Nichtigkeit als Folge eingetreten sei. Es wäre Selbsttäuschung zu glauben, daß dieser Akt nur deklaratorische Bedeutung haben könne, da jeder Akt, der rechtlich nicht überflüssig, also nicht gänzlich irrelevant, konstitutiv sein muß. Der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit reduziert sich daher eigentlich nur darauf, ob der Akt mit oder ohne rückwirkende Kraft aufgehoben, ob er nur pro futuro vernichtet wird, seine bisher eingetretenen Rechtsfolgen aber in Geltung bleiben, oder ob auch diese, der Akt also auch pro praeterito vernichtet wird. Wobei freilich zu untersuchen bleibt, inwieweit solche Rückwirkung möglich ist. Zum Beispiel gegenüber einer bereits vollzogenen Todesstrafe? Rückwirkung bedeutet hier: daß der Tatbestand der Tötung den Charakter der Strafe verliert.

Demnach möchte es scheinen, als ob der Fall absoluter, d. h. einer keines — die Nichtigkeit als Folge aussprechenden — Staatsaktes bedürfenden Nichtigkeit gänzlich ausgeschlossen wäre. Und tatsächlich kann die Rechts- oder Staatsordnung, kann das Recht oder der Staat die Nichtigkeit nicht anders denn als rückwirkende Vernichtbarkeit normieren. Schon im Normieren der Nichtigkeit ist diese als absolute Nichtigkeit aufgehoben. Allein die Rechtswissenschaft (oder die Staatstheorie) kann des Begriffes der absoluten Nichtigkeit als eines Grenzbegriffes, als Bezeichnung für einen Grenzfall nicht entbehren. Einmal darum, weil letzten Endes die Frage, ob ein konkreter Tatbestand ein Rechts(Staats)akt sei oder nicht, m. a. W., ob er gültig oder nichtig, d. h. eben ein Nicht-Akt sei, nicht wieder durch einen Rechts(Staats)akt entschieden werden kann. Andernfalls läge ein regressus da infinitum vor. Daß der letztinstanzliche Staatsakt, hinsichtlich dessen die Rechtsordnung keine Überprüfungsinstanz mehr einsetzt, weil sie eben solches nicht ad infinitum tun kann, gültig sei, das muß von der Rechts- oder Staatstheorie ebenso vorausgesetzt werden, wie die Grundnorm von ihr vorausgesetzt wird. Dann aber gibt es Tatbestände, die zwar ihrem immanenten subjektiven Sinne nach den Anspruch erheben, Rechts(Staats)akt zu sein, die aber, weil ihr Widerspruch zu der Norm, der sie zu entsprechen vorgeben, ein so offenkundiger ist, gar nicht vor eine Behörde zur Entscheidung ihrer Gültigkeit gebracht werden: der Hauptmann von Köpenick; die eine Todesstrafe verhängende Räuberbande. Die Rechtsordnung

kann von diesen Tatbeständen keine Notiz nehmen, sie sind für sie als Staatsakte überhaupt nicht vorhanden, und sie kann darum auch gar nicht zwischen diesen und den bloß vernichtbaren Akten eine Grenze ziehen, etwa bestimmen, bei welchem Grad von Fehlerhaftigkeit absolute Nichtigkeit eintritt. Denn die Rechtsordnung könnte dies nicht anders, als indem sie zugleich ein Organ bestimmt, das feststellt, ob die Grenze eingehalten, das also absolute — dadurch aber zur bloßen Vernichtbarkeit gewordene — Nichtigkeit ausspricht. Die Rechtswissenschaft aber kann nicht darauf verzichten, solche an der Grenze des Systems der Rechtsakte stehende Tatbestände als Akte zu charakterisieren, die im Widerspruch zu dem Sinn, den sie beanspruchen, nicht Rechtsakte, d. h. nichtige Akte sind. Die letzte Wurzel des sich hier eröffnenden Problems liegt in der schon in anderem Zusammenhange festgestellten Tatsache (vgl. S. 129), daß das Material der Rechtstheorie, menschliche Handlungen, mit einem ursprünglichen, einem immanenten, subjektiven Sinne behaftet ist, der mit dem objektiven Sinne, den die Handlung im System des Rechtes erhält, letztlich durch die von der Rechtstheorie vorausgesetzte Hypothesis der Grundnorm erhält, übereinstimmen kann oder nicht. Ob ein Befehl, den ein Mensch einem anderen erteilt, wirklich auch ein Befehl, d. h. eine Norm im Sinne des Rechts ist, das hängt davon ab, ob der Befehlende wirklich die Bedingungen erfüllt, die die betreffende Rechtsnorm vorschreibt, und die der Befehlende — indem er einen Gehorsam heischenden Rechtsbefehl erteilt — zu erfüllen behauptet. Die Legitimierung des subjektiven Sinns dieses Aktes erfolgt freilich wieder durch einen solchen Akt. Und das positive Recht hat die Tendenz, die Legitimierung innerhalb des Rechtsapparates selbst zu halten. Ob ein Urteil rechtmäßig war oder nicht, kann nicht die Rechtswissenschaft, kann nur das Gericht höherer Instanz entscheiden. Ein voreiliges Eingreifen des rechtswissenschaftlichen Urteils wäre tatsächlich Naturrecht, hieße tatsächlich die Rechtswissenschaft zur Rechtsquelle machen. Allein das Prinzip der Selbstlegitimation der Rechtsakte hat seine Grenzen: Letzten Endes ist es doch die rechtstheoretische Vernunft, die den auf Grund ihrer Hypothesis zum einheitlichen System zusammengeschlossenen Tatbeständen ihren rechtlichen Sinn, ihre spezifische Bedeutung verleiht, oder in ihrer Tendenz, solches Sinnes teilhaftig zu werden, bestätigt, ihren in dieser Tendenz entstandenen subjektiven Sinn objektiv legitimiert.

§ 40. Arten der Staatsorgane.

A. Die Berufung des Staatsorgans: kreierte und unmittelbare Staatsorgane.

Es genügt nicht, daß die Rechtsordnung eine Organfunktion statuiert, sie muß auch dafür sorgen, daß ein bestimmter Mensch diese Funktion leiste. Man pflegt diesen Menschen als „Träger" der Funktion, als „Organträger" zu bezeichnen. Von dem hier eingenommenen Standpunkt ist der Organträger nur ein Teil des Gesamttatbestandes der Organfunktion. Nicht nur daß überhaupt eine bestimmte Handlung normiert wird, die Handlung soll nicht von einem beliebigen Menschen, sondern von einem Menschen ganz bestimmter Qualifikation gesetzt werden. Es ist zwar kein wesensnotwendiges, aber doch ein regelmäßiges Moment der Rechtsfunktionen oder rechtlich gesetzten Tatbestände, daß der Mensch, dessen Handlung in den Tatbestand eingeht (den Tatbestand bildet), irgendwie spezialisiert wird. Der Grad dieser Spezialisierung kann ein sehr verschiedener sein. So gut wie ausnahmslos ist ein gewisses Mindestalter gefordert und der Vollbesitz der geistigen Fähigkeiten. Das sind allgemeine Bedingungen aller Rechtstatbestände. Doch kann die Individualisierung weiter gehen und zu einer bestimmten Funktion nur ein einziger, ganz bestimmter Mensch berufen sein. Etwa der Monarch im Falle einer Erb-

monarchie. Dabei ist zu entscheiden, ob die Berufung unmittelbar durch das Gesetz, die generelle Norm erfolgt, oder ob es zur Individualisierung noch eines besonderen Aktes, einer Zwischenstufe in der Rechtskonkretisation, bedarf, eines Berufungsaktes, durch den — gemäß den Bestimmungen der generellen Norm — ein bestimmter Mensch zum Organ gemacht, das Organ — wie man sich auszudrücken pflegt — „kreiert" wird. Da der Berufungsakt selbst wieder durch ein Organ gesetzt werden muß, kann man zwischen Organen unterscheiden, die wieder durch Organe kreiert werden, und solchen, die unmittelbar durch die generelle Norm berufen werden. Man könnte von mittelbar kreierten und von unmittelbaren Organen sprechen. Zu den letzteren gehört der bereits erwähnte Erbmonarch, zu den ersteren beispielsweise der Wahlmonarch. Es könnte mitunter zweifelhaft sein, zu welchen der beiden Typen ein bestimmtes Organ zu rechnen sei. So der Parlamentswähler. Scheinbar ist Wähler, wer den in der Wahlordnung statuierten persönlichen Bedingungen entspricht. Niemand wird — wo direkte Wahl vorgeschrieben — zum Wähler ernannt oder gewählt. Allein wenn wahlberechtigt nur ist, wer von einer Wahlbehörde in ein Wählerverzeichnis aufgenommen oder wem eine Wahllegitimationsurkunde ausgefolgt ist, oder wenn nur wählen darf, dessen Wahlberechtigung von der Wahlbehörde — und sei es auch nur durch die Annahme des Stimmzettels — anerkannt wird, dann kann auch der Wähler als ein kreiertes Organ angesehen werden, sofern eben die Aufnahme ins Wählerverzeichnis, die Ausfolgung der Legitimation, die Anerkennung des Wahlrechts durch Annahme des Stimmzettels als ein den Wähler als Organ konstituierender Organakt angesehen werden kann. Wird die Organqualität strittig, dann ist unter allen Umständen — sofern die Rechtsordnung Entscheidung solchen Streites überhaupt vorsieht — ein die Organqualität konstituierender Organakt unvermeidlich. Zweifellos tendiert die Rechtsordnung rein technisch zum Typus des kreiert mittelbaren Organs. Nur im Zustand vollkommener Primitivität, bei völligem Mangel arbeitsteiliger Funktion fehlt jede Organkreation. Die einfache Blutracheordnung macht den jeweils Verletzten ohne besondere Berufung zum Träger der Rechts-Reaktion, des subjektiv als „Rache" empfundenen Strafvollzugs. Doch ist leicht einzusehen, daß keine Rechtsordnung völlig unmittelbarer Organe — in dem hier entwickelten Sinne — entraten kann, da zumindest der zeitlichen Folge nach wenigstens ein Organ sein muß, das von keinem anderen kreiert wurde.

Die möglichen Formen des Kreationsaktes sind: Ernennung, Wahl oder Los. Die erstere entspricht — wenigstens grundsätzlich — dem autokratischen, die beiden letzteren dem demokratischen Typus. Ernennung und Wahl unterscheiden sich nach der Natur und Stellung des Berufungsorgans. Ernennung ist Berufung eines Organs durch ein vorgesetztes Einzelorgan, Wahl: durch ein Kollegialorgan, im Idealfall gebildet aus den — dem zu wählenden Organ — Untergebenen. Doch sind damit nur Idealtypen angegeben, zwischen denen terminologisch nicht ausgezeichnete Zwischen- und Mischformen liegen: die beiden das Berufungsorgan charakterisierenden Momente: Einzel- oder Kollegialorgan, Vorgesetzter oder Untergebener können sich teilweise kreuzen. Möglich ist demnach Berufung durch vorgesetztes Kollegialorgan; die Terminologie neigt auch in diesem Falle zum Sprachgebrauch „Ernennung". Berufung durch untergebenes Einzelorgan kommt wohl kaum vor. Dagegen ist häufig: Wahl durch ein Kollegium, dessen Mitglieder weder in einem Über-, noch in einem Unterordnungsverhältnis zu dem zu wählenden Organ stehen, oder: das vorgesetzte Organ wird nur indirekt von jenen gewählt, die an die von ihm gesetzten Normen gebunden sind. Dabei macht es einen Unterschied, ob das zu wählende Organ lediglich zur Setzung genereller Normen für die — direkt oder indirekt — Wählenden, oder zur Setzung individueller Normen befugt ist. (Denn nur im letzteren Falle spricht man von einem „Vorgesetzten-Verhältnis", einem Gehorsamkeitsverhältnis zum Organ. Vgl. die folgenden Ausführungen über

das Verhältnis der Organe zueinander.) Beispiele: Ein vom Volk gewähltes Staatsoberhaupt, ein von der Bezirksvertretung gewählter Bezirkshauptmann, ein vom Volk gewähltes Parlament. Ein vom Parlament gewählter Minister. (Über die möglichen Wahlsysteme vgl. S. 345ff.)

Das Los kann als demokratische Berufungsmethode bezeichnet werden, weil es, wenn auch nicht dem Prinzip der Freiheit, so wie die Wahl durch die Unterworfenen, so doch dem die Demokratie mitbestimmenden Prinzip der Gleichheit entspricht. Für den modernen Staat kommt das Los — außer etwa bei der Berufung von Geschworenen — kaum in Betracht. Nur als Notbehelf für den Fall, als die Wahl technisch versagt, weil etwa zwei oder mehrere Kandidaten die gleiche Stimmenzahl erhalten.

B. Einfache und zusammengesetzte Organe.

1. Zusammensetzung aus zwei gleichinhaltlichen Teilfunktionen. Je nachdem, ob der Tatbestand der Organfunktion durch die Handlung eines einzigen Menschen oder durch das Zusammenwirken von mehreren Menschen gesetzt wird, kann man einfache (Einzelorgane) und zusammengesetzte Organe unterscheiden. Der Einzelmensch, dessen Handlung zusammen mit der anderer Menschen die Gesamtfunktion setzt, ist Teilorgan; doch kann innerhalb eines zusammengesetzten Organes als — relatives — Teilorgan selbst wieder ein zusammengesetztes Organ fungieren.

Die Zusammensetzung einer Organfunktion aus Teilfunktionen kann in zweifacher Weise erfolgen: Entweder die zur Gesamtfunktion zusammenwirkenden Teilorgane haben Akte gleichen Inhalts zu setzen; oder aber die Gesamtfunktion setzt sich aus Tatbeständen verschiedenen Inhalts zusammen. Im ersteren Falle kann wieder unterschieden werden, ob es nur zwei oder mehr Teilorgane sind, deren gleichgerichtete Willensäußerungen den Organakt erzeugen. Als Beispiele für das erstere: die sog. Dyarchie, bei der gewisse Staatsakte gemeinsam von zwei Konsuln oder zwei Königen, oder das sogenannte Zweikammersystem, bei dem das Gesetz durch den übereinstimmenden Beschluß zweier — als relative Teilorgane auftretender — Kammern zustande kommt. Es ist der Typus des Vertrages, der hier in die Erscheinung tritt. Die prinzipielle Differenz, die man zwischen dem Rechtsakt des vertraglichen Rechtsgeschäftes und den vorerwähnten Staatsakten anzunehmen pflegt, verschwindet, sobald man beide als Rechtsfunktionen und sohin beide als Staats- oder Organfunktionen begreift. Damit sollen Unterschiede, die sich daraus ergeben, daß beim privatrechtlichen Vertrag wechselseitige Leistungen den Inhalt der Willensäußerungen bilden, durchaus nicht geleugnet werden. Sieht man nicht nur auf die Tatsache der Übereinstimmung der Willensäußerungen, sondern auch auf den Inhalt, dann ist vielleicht die sogenannte Kollektivprokura ein den oben angeführten Organakten entsprechender Tatbestand aus dem Bereiche des Zivilrechtes. Als Beispiel für ein aus mehreren Teilorganen mit gleichgerichteten Funktionen zusammengesetztes Organ kommt in Betracht das sog. Kollegialorgan.

Die für den Typus des zusammengesetzten Organaktes entscheidende Tatsache, daß zwei übereinstimmende, d. h. inhaltsgleiche Akte von Teilorganen vorliegen müssen, wird häufig dadurch übersehen, daß aus anderen als rechtlichen Gründen die beiden Teilakte verschieden bezeichnet werden; meist darum, weil sie politisch verschieden gewertet werden. Obgleich voraussetzungsgemäß die Organfunktion nur in dem Zusammenwirken beider Akte besteht, die Rechtswirkung des — die Organfunktion darstellenden — Tatbestandes zugestandenermaßen nicht an einen der beiden Akte allein anknüpft, sondern nur eintritt, wenn beide gesetzt sind, bedient man sich dennoch in solchen Fällen häufig einer Terminologie, die zwischen beiden Akten differenziert, indem sie nur den einen als die „eigentliche" Organfunktion bezeichnet, dem anderen nur den Charakter einer „Zustimmung", „Genehmigung" und dergleichen zuerkennt. Sehr häufig rührt diese Unstimmigkeit

daher, daß sich der Akt selbst eine Bezeichnung gibt oder subjektiv einen Sinn beansprucht, der ihm objektiv im Gesamtsystem nicht zukommt. Sehr charakteristisch dafür ist das Verhältnis von Parlamentsbeschluß und Sanktion des Monarchen im Gesetzgebungsprozeß der konstitutionellen Monarchie. Der Akt, den das Parlament setzt, bezeichnet sich selbst als ,,Gesetzesbeschluß", als ob das Parlament es wäre, das für sich das Gesetz erzeugt, und das Gesetz nicht nur durch das Zusammenwirken von Parlament und Monarch entstünde, so daß von ,,Gesetz" vor der Sanktion ja gar keine Rede sein kann. Der Akt des Monarchen erscheint vom Standpunkt des Sinns, den der sogenannte ,,Gesetzes-Beschluß" des Parlaments beansprucht, als bloße Zustimmung, Genehmigung. Auch ohne die ,,Sanktion" wäre der Akt des Parlamentes ,,Gesetz", wenn auch unsanktioniertes Gesetz, aber doch immerhin im wesentlichen ,,Gesetz". Die Theorie der konstitutionellen Monarchie dreht dieses Verhältnis geradezu um. Sie sagt: der ,,eigentliche" Gesetzgebungsakt ist die Sanktion des Monarchen; und tatsächlich bezeichnet sich auch das kundgemachte Gesetz selbst als Willensäußerung, als Befehl oder Anordnung des Monarchen allein, während der Beschluß des Parlaments als bloße ,,Zustimmung" zum Gesetzgebungsakt des Monarchen erklärt wird. ,,Mit Zustimmung meines Parlamentes finde Ich — der Monarch — anzuordnen wie folgt", so treten in konstitutionellen Monarchien die Gesetze auf. Vom Standpunkt reiner Rechtstheorie ist weder der Sinn richtig, den der Gesetzesbeschluß des Parlaments, noch der, den die Sanktion des Monarchen im kundgemachten Gesetze beansprucht; unrichtig ist auch die Deutung, welche die — offenbar politisch infizierte — Theorie der konstitutionellen Monarchie den beiden Tatbeständen gibt. Beide sind rechtlich gleichwertig und stehen zueinander in dem gleichen Verhältnis, wie etwa die beiden übereinstimmenden Beschlüsse beider das Parlament bildenden Kammern. Ähnlich ist es mit dem Verhältnis zwischen einem Regierungsakt des Monarchen und der Gegenzeichnung des Ministers. Mit der Gegenzeichnung drückt der Minister aus, daß der Regierungsakt auch sein Wille, daß er auch sein Akt ist. Obgleich der Akt sich als ,,kaiserlicher" oder ,,königlicher" Akt, d. h. als Akt des Monarchen oder Staatsoberhauptes allein bezeichnet, und auch die Theorie ihn als solchen gelten läßt, ist es dennoch, falls er ohne Gegenzeichnung des Ministers nicht gültig ist, ebenso ein Akt des Ministers, also ein gemeinsamer Akt. Wenn eine republikanische Verfassung etwa dem Staatspräsidenten eine Reihe von Funktionen überträgt, indem sie — im Artikel 1 — erklärt: der Staatspräsident schließt die Staatsverträge ab, ernennt die Beamten, führt das Kommando über das Heer usw., und wenn sie — an einer anderen Stelle, im Artikel 2 — bestimmt, alle Akte des Staatspräsidenten bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers: so ist diese Terminologie des Gesetzes, so wie die in ihr zum Ausdruck kommende Theorie, ungenau und für die Wissenschaft so unverbindlich wie irgend eine Theorie des Gesetzgebers. Es mag sich aus der Absicht erklären, die Stellung des Staatspräsidenten politisch zu betonen, wenn man sagt, der Präsident ernennt den Beamten, der Minister hat lediglich die Ernennung zu kontrasignieren. Der positivrechtliche Tatbestand, den die Rechtstheorie aus dem Material des Gesetzes zu konstruieren hat, ist: daß die Ernennungen gemeinsamer Akt des Präsidenten und des Ministers sind. Eine rechtlich relevante Differenzierung der beiden inhaltlich übereinstimmenden Akte, die zusammen die Organfunktion bilden, kann sich allerdings daraus ergeben, daß kraft positiver Vorschrift der eine dem andern zeitlich voranzugehen hat, daß diese Reihenfolge nicht umkehrbar ist und beide Akte auch nicht gleichzeitig erfolgen müssen. Doch berechtigt auch die Tatsache, daß ein Teilakt gültig nur nach einem anderen gesetzt werden kann — wie etwa die Sanktion auf den Parlamentsbeschluß folgen muß — noch nicht dazu, den einen als den Haupt- und den anderen als den Nebenakt anzusehen. Im übrigen läßt man das eine Mal den Haupt- auf den Nebenakt — monarchische Sanktion — das andere Mal den Nebenakt auf den Hauptakt

folgen — ministerielle Gegenzeichnung. Auch ist zu beachten, daß im Falle mehrere Teilakte in bestimmter zeitlicher Folge gesetzt werden müssen, der frühere also Bedingung für den späteren ist, jener somit diesen zur „Folge" oder „Rechtswirkung" hat, daß aber die Rechtsfolge des Gesamtaktes erst nach Setzung aller Teilakte eintreten kann und daß daher für diese Rechtsfolge alle Teilakte als gleichzeitig, weil erst mit dem Gesamtakt gesetzt erscheinen. M. a. W.: Die zeitliche Reihenfolge der Teilakte kommt für den Zeitpunkt der Rechtswirkung des Gesamtaktes nicht in Betracht.

Systematisch noch zu dem Fall der aus zwei inhaltlich übereinstimmenden Teilakten zusammengesetzten Organfunktion gehört jener, daß der Akt eines Organs mit Rechtswirksamkeit nur unter der Bedingung erfolgen kann, daß diesem Akt nicht ein anderes Organ widerspricht, nicht einen den Inhalt des ersten Aktes negierenden Akt setzt. Man bezeichnet dies als Vetorecht. Je nachdem, ob diese Hemmungsmöglichkeit unbedingt oder bloß bedingt gegeben ist, spricht man von absolutem oder suspensivem Veto. Etwa in der Weise, daß ein Organakt im Falle seiner einfachen oder qualifizierten Wiederholung auch gegen das Veto des anderen Teilorgans gesetzt, daß also das Veto wirksam nur gegen den ersten, nicht aber gegen den — ein- oder mehrmal — wiederholten Akt des ersten Teilorgans eingelegt werden kann. Auch im Falle dem zweiten, zu derselben Organfunktion berufenen Teilorgan „nur" ein Vetorecht eingeräumt ist, kann man nicht eigentlich behaupten, daß die Organfunktion lediglich durch das erste Teilorgan gesetzt sei, das andere nur eine — der „Zustimmung" korrespondierende — Einspruchsmöglichkeit habe. Auch hier besteht das Gesamtorgan aus zwei Teilorganen, der Gesamttatbestand — wenn auch nur potentiell und nicht aktuell — aus zwei Teiltatbeständen: der Handlung des einen und einer — rechtlich höchst relevanten — Unterlassung des anderen. So wie die Unterlassung als Rechtstatbestand überhaupt, so muß sie auch als Tatbestand des Organaktes gelten können.

2. Zusammensetzung aus mehreren gleichinhaltlichen Teilfunktionen. Der Tatbestand des Organaktes kann aber auch aus mehr als zwei inhaltlich übereinstimmenden Teilakten, das Organ aus mehreren Teilorganen zusammengesetzt sein. Ein unter diese Gruppe zu subsumierender Fall ist von besonderer Bedeutung: das Kollegialorgan. Es wird — nicht ganz zutreffend — unter dem Gegensatz von Kollegial- und Ministerialsystem dem nur aus einem Menschen gebildeten Einzel- (oder einfachen) Organ gegenübergestellt, obgleich der Gegensatz zum einfachen Organ, das der Ausdruck des Ministerial- oder bürokratischen Systems ist, das zusammengesetzte Organ ist, demgegenüber das Kollegialorgan nur einen Spezialfall bildet. Die Besonderheit des kollegialen Organs, wodurch es sich von anderen Fällen eines aus mehreren inhaltlich übereinstimmenden Teilakten zusammengesetzten Organes unterscheidet, besteht darin, daß von einem Kollegium erst gesprochen wird, wenn die mehreren Teilorgane in einer bestimmten Weise organisiert sind: Ein Vorsitzender, eine Abstimmungsordnung, eventuell auch Beratungsmöglichkeit vor Beschlußfassung, daher Beratungs-, Redeordnung. Sofern zur Schlußfassung des Kollegiums Stimmeneinhelligkeit gefordert, ist die Grenze zu anderen Fällen dieser Gruppe nicht sehr scharf. Bedarf etwa ein Regierungsakt der Setzung durch das Staatsoberhaupt und der Gegenzeichnung aller Minister, so könnte man annehmen, daß für diese Organfunktion Staatshaupt nnd Minister ein Kollegium bilden, das mit Stimmeneinhelligkeit den Staatsakt setzt. Lehnt man solche Annahme ab, so tut man dies, weil Staatshaupt und Minister oder auch nur die Minister nicht als Kollegium organisiert sind. Obgleich eine Kollegialorganisation grundsätzlich auch gegeben ist, wenn zur Schlußfassung Stimmeneinhelligkeit vorgeschrieben, so tritt doch das Kollegium als solches besonders deutlich erst in dem Falle hervor, als schon die Mehrheit der dem Kollegium angehörigen (oder im Kollegium bloß anwesenden) Mitglieder den Tatbestand des Organaktes setzen können.

Daß man einen mit Mehrheitsbeschluß zustandegekommenen Akt als solchen des Gesamtorgans, somit als Träger und Teilorgane dieses Aktes auch die Angehörigen der dagegen stimmenden und überstimmten Minderheit gelten läßt, ist schon dadurch vollauf gerechtfertigt, daß der Gesamtakt ohne die Funktion dieser Teilorgane nicht zustande kommen kann. Auch ihre Akte sind auf den gleichen Gegenstand gerichtet, wenn auch mit negativen Vorzeichen. Ist nicht die Teilnahme aller Mitglieder des Kollegiums zur Beschlußfassung erforderlich, sondern genügt ein geringeres Quorum (etwa die Hälfte oder zwei Drittel), dann bedeutet dies, daß für die Zusammensetzung des Organs nicht eine feste Zahl von Mitgliedern, sondern eine Höchst- und eine Mindestzahl vorgeschrieben ist.

Wesentlich verschieden von dem Beschlußfunktion ausübenden Kollegium ist das bloß beratende Kollegialorgan. Dabei wieder von Wichtigkeit, ob das allein normsetzende Organ, dem der Rat des Kollegiums zur Vorbereitung der Normsetzung dient, dem Kollegium selbst als Vorsitzender angehört oder ob es außerhalb des Kollegiums steht. Umgekehrt kann der Vorsitzende des Kollegiums lediglich Verhandlungsleiter sein, ohne das Recht zu besitzen, an der Beschlußfassung teilzunehmen; oder es steht ihm das Recht zu, im Falle der Stimmengleichheit, wenn ein Mehrheitsbeschluß nicht zustande kommt, zu entscheiden.

3. Zusammensetzung aus mehreren inhaltsverschiedenen Teilfunktionen. Den zweiten Haupttypus des zusammengesetzten Organs bilden jene Fälle, in denen die Gesamtfunktion aus Tatbeständen verschiedenen Inhalts zusammengesetzt wird, die Teilorgane inhaltlich nicht übereinstimmende Akte zu setzen haben. Weil die Teilakte hier einen relativ selbständigen Eindruck machen, werden ihre Träger sehr häufig gar nicht als Teilorgane angesehen, wird man sich des Teilcharakters ihrer Organfunktion gar nicht bewußt. Ein besonders deutliches Beispiel für eine derart aus Teilakten verschiedenen Inhalts zusammengesetzte Organfunktion ist der Gesetzgebungsakt, so wie er in den modernen Verfassungen typischerweise gestaltet ist. In großen Zügen geschildert, geht er in folgenden Stadien vor sich: 1. Initiativantrag der Regierung oder einer Gruppe von Parlamentsmitgliedern; 2. Beschluß des Parlaments (eventuell übereinstimmende Beschlüsse zweier Häuser des Parlaments und Sanktion des Monarchen, ein Teilakt, der aus drei inhaltlich übereinstimmenden Akten besteht); 3. Beurkundung durch das Staatsoberhaupt (auch Promulgation genannt, ihr Inhalt: Konstatierung des verfassungsmäßigen Zustandekommens des Parlamentsbeschlusses) und Gegenzeichnung dieser Beurkundung (ein aus zwei inhaltlich übereinstimmenden Akten bestehender Teilakt); 4. Kundmachung durch die Regierung oder einen Minister. So wie alle diese Tatbestände Teilakte sind, nur ihre Gesamtheit den Gesetzgebungsakt bildet, so sind die diese Teilakte setzenden Organe nur Teilorgane eines Gesamtorganes. Es ist darum zumindest eine Ungenauigkeit, wenn man das Parlament allein, oder den Monarchen allein oder eventuell das Parlament in Verbindung mit dem Monarchen als das Gesetzgebungsorgan schlechthin bezeichnet.

4. Der Prozeß. Ist eine Organfunktion aus mehreren Teilakten zusammengesetzt, so ergibt sich die Notwendigkeit, den Vorgang zu regeln, in dem sich die Teilakte zum Ganzen zusammen fügen. Man spricht hier von einem „Prozeß" oder „Verfahren", so z. B. beim Gesetzgebungsakt von einem Gesetzgebungsprozeß oder einem Gesetzgebungsverfahren, einem „Weg der Gesetzgebung", nach dem sich die Folge der Teilakte, ihr procedere richtet. Das, was man „Prozeß" im engeren Sinne von Zivil- und Strafprozeß nennt, ist nur ein besonderer Fall. Auch die Organfunktion der sog. Rechtsprechung stellt sich als ein zusammengesetzter Organakt, als eine bestimmte Folge von Teilakten dar, deren Gesamtheit erst die Funktion ergibt, die man, sehr abbrevierend, mit einer pars pro toto gleichsam, als richterliches Urteil bezeichnet. Von der Klage bis zum erstinstanzlichen, und von diesem bis zum exekutionsfähigen letztinstanzlichen Urteil, von diesem aber bis zur Exekution

führt eine Kette von Organakten, die — vom Standpunkt der Rechtsprechung als Gesamtfunktion betrachtet — nur Teilakte sind.

Dabei zeigt sich aber besonders deutlich, daß der Unterschied von Teilakt und Gesamtakt, von Teilorgan und Gesamtorgan nur ein sehr relativer ist, weil letztlich alle Organakte nur als Teilakte angesehen werden müssen, da sie nur in ihrem systematischen Zusammenhang jene Funktion ergeben, die allein als Gesamtfunktion bezeichnet werden kann: die Gesamtfunktion des Staates als der totalen Rechtsordnung. Und so sind alle Organe nur Teilorgane eines einzigen Organs, das in diesem Sinne eben „Organismus" ist, des Staates. Und der Staat ist in demselben Sinne das einzige Organ, wie er — in einem anderen Zusammenhange — als die einzige Person aufgezeigt wurde. (Vgl. S. 73.) In der Tendenz dieser Begriffsbildung — die die Konsequenz der Relativierung des Gegensatzes von Teil- und Gesamtorgan ist — drückt sich nur die Einsicht in den systematischen Zusammenhang aller Tatbestände des Rechtes aus, von denen keiner ohne den anderen möglich, jeder nur relativ selbständig ist.

5. Selbständige und unselbständige Organe. Von diesem Standpunkte ist die von führenden Theoretikern vorgetragene Unterscheidung in selbständige und unselbständige Organe zu beurteilen, derzufolge selbständige Organe solche sind, die einen für den Staat oder den Untertanen unmittelbar verbindlichen Willen äußern können, während der Wille unselbständiger Organe diese Kraft nicht hat, sondern nur den Willen selbständiger Organe derart beschränken kann, daß Zustimmung des unselbständigen Organs notwendig ist, um den Willensakt des selbständigen rechtlich erheblich zu machen (oder daß der Willensakt des selbständigen Organs der nachträglichen Genehmigung des unselbständigen bedarf). Als solches „unselbständige Organ" wird das Parlament in der konstitutionellen Monarchie angesehen (Jellinek). Zweifellos ist eine Unterscheidung der Organakte nach dem Gesichtspunkte möglich, ob sie — dem Inhalt des Aktes nach — eine Pflicht der Untertanen oder nur der Organe (im engeren, technischen Sinne und sohin auch des Staates in diesem Sinne) zu begründen beanspruchen und ob durch die Setzung dieses Aktes allein die intendierte Pflicht auch tatsächlich begründet wird oder nicht. Der Minister, der den Text einer Polizeiverordnung unterschreibt, setzt einen Akt, der seinem Sinne nach Untertanen und Behörden verpflichten will. Doch bedarf es — kraft positivrechtlicher Vorschrift — noch der Kundmachung dieses Aktes, um die beabsichtigten Rechtspflichten generell zu begründen. Der Kundmachungsakt ist seinem subjektiven Sinne nach nicht auf solche Pflichtbegründung gerichtet. Er ist ein mit dem kundzumachenden Akte inhaltlich nicht übereinstimmender Akt. Dennoch wird die verpflichtende Norm nur durch beide Akte zusammen gesetzt. „Selbständig" ist weder der eine noch der andere, sondern — relativ selbständig — nur beide zusammen: der zusammengesetzte Organakt. Dadurch, daß die objektive Rechtswirkung des Gesamtaktes mit dem subjektiven Sinne übereinstimmt, den nur der eine der beiden Teilakte behauptet, wird der Schein erweckt, als ob nur dieser oder doch hauptsächlich dieser die Rechtswirkung herbeiführe. Und es stünde auch nichts im Wege, solchen Organakt, dessen subjektiver Sinn sich mit dem objektiven deckt, den die Rechtsordnung an ihn allein oder doch an ihn in Verbindung mit einem anderen Akt knüpft, terminologisch irgendwie auszuzeichnen. Allein die Fälle, die unter die oben charakterisierte Unterscheidung der herrschenden Lehre zwischen selbständigen und unselbständigen Organen fallen sollen, sind wesentlich anderer Natur. Es sind jene Organakte, die hier als aus zwei inhaltlich übereinstimmenden Teilakten zusammengesetzte Organakte charakterisiert wurden. Die „Zustimmung" des Parlaments zu dem Gesetzesbefehl (Sanktion) des Monarchen, an die offenbar gedacht ist, beansprucht den gleichen Sinn wie die Sanktion des Monarchen. Beide Akte haben auch in der subjektiven Sphäre die gleiche Bedeutung. Wenn man sagt, daß der Wille des einen — des selbständigen — Organs,

um rechtlich erheblich zu werden, der Zustimmung des anderen — des unselbständigen — bedarf, so kann man das ebensogut umgekehrt sagen; sagt es aber in beiden Fällen ungenau. Richtig ist nur: daß beide Willensakte nötig sind, um den rechtserheblichen Tatbestand einer (den Staat und) die Untertanen verbindlichen Norm zu setzen. „Selbständig" ist weder der sogenannte „Gesetzesbefehl" des Monarchen bzw. der diesen Akt setzende Monarch, noch der Parlamentsbeschluß bzw. das diesen Akt setzende Parlament. Wenn die Theorie den einen von beiden als selbständiges, das andere als unselbständiges Organ bezeichnet, so ist es eine offenkundige politische Tendenz, die die Darstellung des positivrechtlichen Sachverhaltes trübt.

6. Identität des Organträgers bei Verschiedenheit der Organfunktion. So wie eine aus Teilakten zusammengesetzte Organfunktion von mehreren Organen getragen werden kann, so kann umgekehrt ein und derselbe Organträger verschiedene Funktionen in sich verbinden. Nicht die zufällige Verbindung verschiedener Funktionen in demselben Organträger (Personal-Union) ist von Bedeutung, sondern die organische, das ist die durch die Ordnung selbst statuierte Verbindung (Real-Union). (Vgl. S. 205.) Und dabei ist zu unterscheiden, ob die Verbindung eine bloße fakultative oder eine obligatorische ist. Fakultativ: zum Minister kann nur ein zum Parlament aktiv und passiv Wahlberechtigter oder nur ein Parlamentsmitglied gewählt (ernannt) werden. Der Minister muß zwar — im letzteren Falle — Parlamentsmitglied sein, aber nicht umgekehrt. Obligatorisch: der jeweilige Ministerpräsident ist notwendig zugleich Stellvertreter des Staatsoberhauptes, und umgekehrt. Stellvertreter des Staatsoberhauptes kann nur der jeweilige Ministerpräsident sein. In diesem Falle spricht man mitunter von „potenzierten" Organen.

§ 41. Stellung des Staatsorgans im Stufenbau der Staats-(Rechts-)Ordnung.

A. Die Normgemäßheit der Organfunktion und ihre Garantien.

Die Lehre vom Staatsorgan hat insbesondere auch dessen Stellung im Stufenbau der staatlichen Ordnung zu untersuchen. Das Organ steht — normalerweise — zwischen zwei Normstufen: der Norm, die es zu vollziehen hat, durch die seine Organfunktion bestimmt wird, die es — mit seiner Funktion — befolgt, der es — als der „höheren" Norm — gehorsam ist; und der Norm, die es in seiner Funktion selbst setzt, durch die es die Funktion anderer bestimmt, die andere „Organe" im engeren Sinne oder bloße „Untertanen" zu befolgen haben. Was zunächst das Verhältnis des Organs zu der von ihm zu vollziehenden oder zu befolgenden Norm betrifft, so ist als der entscheidende Grundsatz die Normgemäßheit der Organfunktion festzustellen. Sie wird im allgemeinen dadurch garantiert, daß die normwidrige Organfunktion nichtig oder vernichtbar ist. Absolute Nichtigkeit zu statuieren, d. h. zu bestimmen, daß und unter welcher Bedingung ein Organakt nichtig sei, so daß es keines weiteren Organaktes bedarf, ihn zu vernichten, erübrigt für den Gesetzgeber. Er kann — ja er muß sich sogar aus rechtstechnischen Gründen, wie bereits früher gezeigt (S. 278) — darauf beschränken, die Möglichkeit der Vernichtung von Akten zu normieren. Dies geschieht entweder in der Weise, daß der durch den normwidrigen Organakt in ihren Interessen verletzten Partei die Befugnis gegeben wird, durch ein spezifisches Rechtsmittel — Beschwerde, Berufung usw. — an ein anderes Organ zu appellieren, das den angefochtenen Organakt wegen Normwidrigkeit aufheben kann. Dieses andere Organ fungiert somit als „höhere Instanz"; und der Instanzenzug ist die im Parteiinteresse gesetzte Garantie der Normgemäßheit des Organaktes. Die Initiative zur Vernichtung des normwidrigen Organaktes kann aber auch von anderen „Organakten", insbesondere von dem vorgesetzten Organ ausgehen, und dieses kann selbst befugt sein, die Akte des untergeordneten

Organs wegen Normwidrigkeit zu kassieren, und eventuell auch den Inhalt des zu setzenden Aktes durch Individualbefehl vorzuschreiben, oder den erforderlichen Akt an Stelle des Organs selbst zu setzen, das normwidrig gehandelt hat. Das eine Organ steht dann unter Aufsicht oder Kontrolle eines anderen Organs.

Bei den „Organen" im engeren Sinne tritt zu der Nichtigkeit bzw. Vernichtbarkeit des normwidrigen Aktes als Garantie der Normgemäßheit kraft positivrechtlicher Normierung in der Regel die persönliche Verantwortlichkeit der mit der Organfunktion betrauten Menschen und ihre Haftung für den durch die normwidrige Organfunktion verursachten Schaden hinzu. Von einer „normwidrigen" Organfunktion zu sprechen, scheint zunächst eine contradictio in adjecto zu sein. Denn als Organfunktion kommt ein Tatbestand nur insofern in Betracht, als er der diesen Tatbestand qualifizierenden Norm entspricht. Allein sofern die positive Rechtsordnung einen mit dem subjektiven Sinn einer Organfunktion auftretenden Tatbestand insolange auch objektiv als solchen gelten läßt, als er nicht durch einen anderen Organakt wegen Normwidrigkeit aufgehoben, d. h. seines objektiven Sinnes als Organakt entkleidet wird, kann auch von einem normwidrigen Organakte in diesem Sinne gesprochen werden. Und in diesem Sinne ist es auch möglich, Strafe und Schadenshaftung an einen solchen fehlerhaften Staatsakt zu knüpfen.

Was die persönliche Verantwortlichkeit des Organs betrifft, so wird sie, sofern die Normwidrigkeit der Organfunktion nicht einen vom allgemeinen Strafgesetz geahndeten Tatbestand darstellt und daher die allgemeine Strafgerichtsbarkeit eintritt, durch die bereits in anderem Zusammenhange erwähnten Disziplinargerichte geltend gemacht. Als Disziplinarinstanz fungiert entweder das unmittelbar oder mittelbar vorgesetzte Organ, oder aber die Disziplinarinstanz ist auf eine außerhalb der Reihe der vorgesetzten Organe stehende, in diesem Sinne also objektive und womöglich unabhängige Instanz übertragen; etwa einer mit den Garantien der Unabhängigkeit ausgestatteten Kommission oder — wie dies bei den richterlichen Beamten der Fall ist — geradezu einem Gerichte. (Vgl. dazu die späteren Ausführungen S. 293ff.) In demselben Maße, in dem die gesetzliche Regelung des Beamtenverhältnisses Platz greift, wächst auch die Tendenz, das Disziplinarverfahren gerichtsähnlich zu gestalten. Als spezifische Disziplinarstrafe kommt die Entlassung aus dem Dienstverhältnis in Betracht. Als mildere Strafen: Geldstrafen, Gehaltsminderung, zeitweise Suspension vom Amte, Rügen u. a. m.

Eine besondere Form der Verantwortlichkeit ist die sog. Ministerverantwortlichkeit. Das ist die Verantwortung, die gewisse höchste Verwaltungsorgane, vor allem die als Ressortchefs fungierenden Minister, aber auch republikanische Staatsoberhäupter und andere ihnen gleichgestellte Organe für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtsführung dem Parlamente zollen. Diese Verantwortung wird durch einen Anklagebeschluß des Parlaments geltend gemacht. Zur Entscheidung ist entweder das Parlament selbst berufen, indem von der einen der beiden Kammern die Anklage ausgeht, die andere als Gerichtshof das Urteil fällt, oder ein besonderer Parlamentsausschuß, oder ein vom Parlament unabhängiger — wenn auch ganz oder teilweise vom Parlament gewählter — Gerichtshof, der sogenannte Staatsgerichtshof. Der Tatbestand, der die Unrechtsfolge nach sich zieht, muß im allgemeinen eine Gesetzesverletzung darstellen; verordnungswidrige Akte können in der Regel nicht unter Anklage gestellt werden. Auch ist meist schuldhafte Gesetzesverletzung die Voraussetzung der Anklage. Als Unrechtsfolge kommt in Betracht: Verlust des Amtes, Verlust der politischen Rechte. Eventuell kann mit der Strafe Auferlegung des Schadenersatzes verbunden werden.

Die positiven, eine Schadenshaftung des Organs statuierenden Rechtssätze werden meist so formuliert, daß das Organ zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet wird, den es rechtswidrigerweise „in Ausübung seines Amtes" verursacht hat. Der Einwand, daß es sein Amt nur rechtmäßig ausüben, daß es als Organ nur auf-

treten kann, sofern der Tatbestand der Organfunktion dem Rechte, d. i. der die Organfunktion bestimmenden Norm gemäß ist, übersieht, daß ein zunächst als Organfunktion und sohin als normgemäß geltender Tatbestand nachträglich von dem hiezu berufenen Organ — und nur von ihm — als normwidrig erkannt und — mit Wirkung pro futuro oder auch pro praeterito — vernichtet werden kann. In den — durch die positive Rechtsordnung niemals ganz auszuschließenden — Fällen absoluter Nichtigkeit, in denen ein Tatbestand mit dem subjektiven Geltungsanspruch einer Organfunktion auftritt, ohne jemals diese Geltung objektiv zu erlangen, so daß es gar keines Organaktes bedarf, um ihm diesen Charakter zu nehmen, in diesen Fällen kann — wenn der den Tatbestand setzende Mensch zum Ersatz des verursachten Schadens herangezogen wird — allerdings in keiner Weise von Schadenshaftung eines ,,Organs" (im engeren Sinne) gesprochen werden. Verschieden von der Haftung des Organs, d. h. des mit der Organfunktion betrauten Menschen, ist dasjenige, was man die Haftung des ,,Staates" selbst nennt. Diese kann nicht als eine Garantie für die Normgemäßheit der Organfunktion angesehen werden. Sie bedeutet nichts anderes als eine Maßnahme zum Schutze des Verletzten und besteht darin, daß der als ,,Staatskasse" oder ,,Staatsvermögen" qualifizierte Zentralfonds zur Deckung des Schadens herangezogen wird, den ein Organ — durch nachträglich als normwidrig erkannte Funktion — verursacht hat. Diese ,,Haftung des Staates" kann positivrechtlich mit der ,,Haftung des Organs" in der Weise verbunden werden, daß Staat und Organ solidarisch haften, so daß der Geschädigte nach seinem Belieben die eine oder andere Haftung oder beide zugleich in Anspruch nehmen kann, oder die eine Haftung der anderen gegenüber einen primären bzw. sekundären Charakter erhält, so daß der Geschädigte zuerst den den normwidrigen Organakt setzenden Menschen auf Schadenersatz klagen muß, und nur wenn ihm diese Klage den Ersatz mangels eines entsprechenden Vermögens des Geklagten nicht verschafft, sich an den ,,Staat" als Fiskus wenden kann. Diese Schadenshaftung des Organs bzw. des Staates bedarf nach einer sehr verbreiteten Anschauung selbst dann besonderer Normierung, wenn die Rechtsordnung einen ganz allgemeinen, die Schadenersatzverpflichtung statuierenden Rechtssatz enthält. Da sich dieser Rechtssatz meist im Rahmen der das private Recht normierenden Kodifikation findet, glaubt man nämlich den ,,Staat" — eine Person öffentlichen Rechts — nicht von vornherein darunter subsumieren zu können; und ebensowenig das ,,Organ", sofern sein Akt als solcher des Staates zu gelten hat, dem Staate zuzurechnen ist. (Wobei der rechtsinhaltliche Organ- und Staatsbegriff vorausgesetzt wird.) Aus dieser Auffassung ergibt sich die Notwendigkeit, die Ausdehnung des Schadenersatzrechtssatzes auf den Staat und seine Organe ausdrücklich durch Rechtssatz zu normieren.

B. Prüfung der Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm.

Daß die Organfunktion normgemäß sein, daß das Organ die seine Funktion bestimmende Norm vollziehen, daß es dieser Norm gehorsam sein solle, das versteht sich aus dem Begriff der zu vollziehenden Norm von selbst und ist insolange unproblematisch, als vorausgesetzt wird, daß die zu vollziehende, Gehorsam heischende Norm selbst normgemäß ist; das heißt: all den verschiedentlichen Normen entspricht, die diese von dem Organ zu vollziehende bestimmen; was man kurz so bezeichnen kann, daß diese Norm rechtmäßig ist. Steht dies aber in Frage, dann ist damit auch die Gehorsamspflicht des Organs in Frage gestellt. Und selbst wenn man annehmen wollte — was freilich auch nicht so ohne weiteres geht — daß einer normwidrigen Norm gegenüber keine Gehorsampflicht besteht, so ergibt sich erst recht die schwierige Frage: wer die Normgemäßheit oder Normwidrigkeit der zu vollziehenden Norm zu prüfen und zu entscheiden hat.

Das gegenständliche Problem taucht in der Literatur meist nur bei der Frage auf, ob und inwieweit der Verwaltungsbeamte einem gesetzwidrigen Dienstbefehl gehorsampflichtig sei, sowie ob und inwieweit er gegenüber dem Dienstbefehl ein Prüfungsrecht habe. Indes muß die Frage viel allgemeiner gestellt werden, da eine befriedigende Lösung des speziellen sich nur im Zusammenhang mit dem allgemeinen Problem ergibt: Dieses bezieht sich nicht nur auf den Verwaltungsbeamten, sondern auf das vollziehende Organ überhaupt, insbesondere auf den nicht als ,,Organ" im engeren Sinne geltenden Untertan, der ja gegenüber der von ihm zu befolgenden, das heißt aber zu vollziehenden Norm grundsätzlich in der gleichen Situation ist wie das ,,Organ"; so wie ja das ,,Organ" gegenüber der von ihm zu vollziehenden, d. h. aber zu befolgenden Norm nur als Untertan in Betracht kommt. (Im Begriff des ,,Untertan" ja gar nichts anderes als die Normunterworfenheit, die Normvollziehung zum Ausdruck kommt, und ein Gegensatz zwischen Untertan und Organ — im reinen Rechtssinne — nur insofern besteht, als damit der relative Gegensatz von Normsetzung und Normvollziehung ausgedrückt wird.) Dann aber besteht das Problem nicht nur gegenüber der individuellen Norm eines Dienstbefehls, sondern gegenüber jeder individuellen und generellen Norm und in jeder Stufe der Vollziehung: Verfassung, Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt und richterliches Urteil, generelles und individuelles Rechtsgeschäft. Bei der Vollziehung all dieser Normen taucht die Frage ihrer Prüfung auf. Es ist zunächst ein allgemeines Prinzip zu suchen, nach dem alle diese Fälle zu entscheiden sind, und es ist zu prüfen, ob eine differentielle Behandlung von individueller und genereller Norm, von ,,Organ" und ,,Untertan" sich etwa aus der Natur der Sache oder nur aus positivrechtlicher Normierung ergibt.

Die Situation, aus der heraus die Frage gestellt wird, ob der Beamte das Recht habe, den an ihn ergangenen Dienstbefehl auf seine Rechtmäßigkeit zu prüfen, wird häufig in der Weise dargestellt, daß von einem Konflikt zwischen Gesetz und Dienstbefehl gesprochen wird. Man geht von der Voraussetzung aus, daß die positive Rechtsordnung den Beamten verpflichte, Verfassung und Gesetze zu beobachten, daß sie ihm aber andererseits auch Gehorsam gegen den individuellen Dienstbefehl des Vorgesetzten auferlege, so daß, wenn der Dienstbefehl dem Gesetz oder der Verfassung widerspricht, ein Normen- und Pflichtenkonflikt vorliegt, dessen Lösung der Rechtswissenschaft aufgegeben ist. Tatsächlich scheint dies ein Gesichtspunkt zu sein, unter dem sich das Problem auch ganz allgemein formulieren läßt: Kollision zwischen Normen verschiedener Stufe und sohin Pflichtenkonflikt in der Person desjenigen, der Normen beider Stufen zu vollziehen hat. Allein nähere Betrachtung zeigt, daß solcher Normenkonflikt innerhalb eines und desselben Rechtssystems nicht möglich ist. Denn entweder ist der gesetzwidrige Dienstbefehl, allgemein gesprochen: die der Norm höherer Stufe nicht entsprechende Norm niederer Stufe zu vollziehen, dann hat sie — wenn vielleicht auch nur bis zu ihrer Aufhebung durch einen Organakt, also nur bedingt oder provisorisch oder relativ — als normgemäß zu gelten; die die zu vollziehende Norm bestimmenden Normen, denen aber im konkreten Fall nicht entsprochen wurde, sind, sofern die fragliche Norm dennoch zu vollziehen ist, gleichsam bis auf weiteres zurückgenommen, nur von eventualer Geltung, statuieren vielleicht nur Vernichtungsgründe, nicht aber Geltungsgründe. Oder aber die fragliche Norm ist wegen ihrer Mängel nicht zu vollziehen, dann ist sie eben ungültig, d. h. absolut nichtig, ist keine Norm oder kann von dem Vollzugsorgan zumindest für den konkreten Fall vernichtet werden. Ein ungelöster Konflikt besteht also in keinem Fall. Wonach aber zu entscheiden ist, ob zu vollziehen oder nicht zu vollziehen sei, das ist im folgenden zu untersuchen.

Die Erörterung des gegenständlichen Problems nimmt in der Literatur ihren Ausgang meist von dem Grundsatze — hinsichtlich dessen Geltung so ziemlich alle

Autoren übereinstimmen — daß nur eine rechtmäßige Norm zu vollziehen sei, daß man nur rechtmäßiger Norm Gehorsam schulde. Mit diesem Satze ist freilich — wie aus dem oben Gesagten hervorgeht — nicht viel gewonnen. Er ist eigentlich eine Tautologie. Einer rechtswidrigen Norm gehorchen zu sollen, wäre ein Widerspruch in sich selbst. In der Annahme des Einer-Norm-Gehorchen-Sollens liegt die Annahme ihres Rechtscharakters, ihrer Rechtmäßigkeit. Vernichtbarkeit ist eben mit Rechtmäßigkeit vereinbar. Das eigentliche Problem, für das mit dem bezeichneten Grundsatze noch gar nichts gewonnen ist, liegt in der Frage: Wer entscheidet, ob die zu vollziehende Norm rechtmäßig, d. h. zu vollziehen ist, oder nicht? Und auf diese Frage sind zwei ganz verschiedene Antworten möglich: Entweder derjenige, der die Norm zu vollziehen hat, oder eine andere Instanz, insbesondere derjenige, der die Norm setzt.

C. Unbeschränktes Prüfungs- und Entscheidungsrecht des Normvollziehers mangels anderer positivrechtlicher Bestimmung.

Es wäre ein prinzipieller Irrtum, wollte die Theorie darüber entscheiden, welches der beiden Prinzipien an und für sich das richtige oder gar das schlechthin und positiv gültige sei. In diesem Sinne wird allerdings das Problem mitunter in der Literatur gestellt; und je nachdem, ob man das eine oder das andere Dogma als den der Natur der Sache entsprechenden Grundsatz voraussetzt, kommt man dann zu sehr entgegengesetzten Resultaten. Indes kann die Frage nur auf Grund der positivrechtlichen Bestimmungen selbst entschieden werden, und jeder andere Versuch birgt die Gefahr, daß sich die Wissenschaft zum positiven Recht in Widerspruch setze. Ein anderes ist es freilich, wenn die Rechtsordnung keine ausdrückliche Bestimmung enthält. Wenn sie sich — wie das ja häufig der Fall ist — darauf beschränkt, Normen darüber zu enthalten, wie andere Normen gesetzt werden sollen, ohne in einzelnen Fällen ausdrücklich zu bestimmen, wer die Rechtmäßigkeit der Normen zu prüfen und zu entscheiden hat.

Untersucht man unvoreingenommen und nach rein positivistischen Prinzipien die Rechtslage, die sich bei Schweigen des Gesetzgebers für das Subjekt ergibt, das einer Stufenfolge von Normen: Verfassung, Gesetz, Verordnung und individuellem Befehl gegenübersteht, die alle von ihm Gehorsam heischen, so kann man als den Sinn, in dem alle diese Normen ergehen, doch nur dies erkennen: Gehorche einem individuellen Befehl, aber nicht jedem beliebigen, sondern nur jenem, der gemäß der generellen Norm des Gesetzes erlassen ist, denn nur ein solcher Befehl ist überhaupt eine verbindliche Norm, ist der Befehl, den das Gesetz meint, dem du gehorchen sollst; und was ein Gesetz ist, welchen Tatbestand du als Gesetz zu respektieren hast, das kann allein nach der Verfassung beurteilt werden. Diese Prüfung kann positivrechtlich allerdings eingeschränkt, kann nach bestimmten Richtungen hin gelenkt werden. Mangels solcher positivrechtlicher Einschränkung aber — deren rechtspolitische Notwendigkeit oder Nützlichkeit hier nicht in Frage steht — kann die Theorie zu keinem anderen Ergebnis kommen, als daß derjenige, der die Norm zu vollziehen hat, auch zu prüfen und zu entscheiden hat, ob eine rechtmäßige und daher zu vollziehende Norm vorliegt oder nicht. Wenn und soweit dieser Zustand für sozialschädlich gehalten wird, ist es Sache der positiven Rechtssatzung, ihn einzuschränken oder gänzlich zu beseitigen, sofern er sich — was eine andere Frage ist — überhaupt gänzlich aufheben läßt. Das so häufige Argument: Wenn der Unterworfene selbst die Gültigkeit der Gehorsam heischenden Norm zu prüfen hat, ist jede geordnete Staatsfunktion unmöglich, ist ein rechtspolitisches, kein rechtstheoretisches Argument. Aus ihm können für die Gesetzgebung, nicht aber für die Rechtswissenschaft Konsequenzen folgen. Daß es — soll eine andere Instanz als das Vollzugsorgan zur Prüfung und Entscheidung der Rechtmäßigkeit

der zu vollziehenden Norm berufen sein — positivrechtlicher Anordnung bedarf, das ergibt sich auch aus der Erwägung, daß die Frage der Prüfungsbefugnis nur die Frage nach der Gehorsamspflicht des Vollzugsorgans ist und rechtstechnisch in dem Sinne gestellt werden muß: Welche Rechtsfolgen sind darauf gesetzt, daß ein Organ (im weitesten Sinne) die ihm zur Vollziehung aufgegebene Norm nicht vollzieht bzw. befolgt (weil es diese Norm für rechtswidrig hält.) Sind auf diesen Tatbestand keine Unrechtsfolgen gesetzt, so bedeutet dies, daß dieser Tatbestand kein Unrecht darstellt, das heißt aber, daß das Vollzugsorgan die zu vollziehende Norm, falls es sie für rechtswidrig hält, ohne eine Unrechtsfolge zu gewärtigen, nicht zu befolgen, bzw. zu vollziehen hat, nicht gehorsampflichtig, d. h. aber befugt ist, die Rechtmäßigkeit der Norm selbst zu prüfen und zu entscheiden. Anderenfalls muß eine positive Bestimmung darüber bestehen, daß eine Unrechtsfolge im Falle des Nichtvollzuges einzutreten und wer diese Unrechtsfolge zu setzen habe. Die Prüfung und Entscheidung der Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm durch eine andere Instanz als das Vollzugsorgan kommt rechtstechnisch nur anläßlich der Entscheidung über die Ungehorsamsfolgen in Betracht. Dieser Ungehorsam des Vollzugsorgans kann sich entweder in einem bloßen Unterlassen äußern, wenn z. B. ein Organ den an ihn ergangenen Dienstbefehl unausgeführt läßt; oder darin, daß das Organ einen Akt unter Nichtberücksichtigung der zu vollziehenden Norm setzt, d. h. in einem konkreten Falle so handelt, als ob die auf diesen Fall sich beziehende Norm nicht vorhanden wäre; so wenn z. B. ein Richter bei Entscheidung eines konkreten Falles eine Verordnung, die diesen Fall regelt, nicht anwendet, also so entscheidet, als ob die Verordnung nicht erlassen wäre. Im ersten Falle kann als Folge des Ungehorsams nur Disziplinarstrafe eintreten; im zweiten Falle auch Kassation des unter Nichtbefolgung der zu vollziehenden Norm gesetzten Aktes. Solche Folgen müssen aber positivrechtlich ausgesprochen sein, können sich niemals von selbst verstehen, denn zu solchen Straf- bzw. Kassationsakten bedarf es positivrechtlicher Ermächtigung eines Organs.

Ist mangels anderer Bestimmung der positiven Rechtsordnung derjenige, der die Norm zu vollziehen hat, befugt, ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen und zu entscheiden, so bedeutet dies, daß er die Norm, falls er sie nicht für rechtmäßig erkennt, in dem Falle, in dem sie von ihm vollzogen werden will, nicht zu vollziehen, nicht zu befolgen hat. Er ist befugt, die Norm im konkreten Falle als nichtig zu behandeln. Faßt man den Akt ins Auge, mit dem er die Norm prüft, um schließlich zu entscheiden, daß sie rechtswidrig sei; beachtet man ferner, daß er nur befugt ist, die Norm für sich und den konkreten Fall, nicht aber für alle anderen und alle möglichen Fälle, in denen die Norm ihrem subjektiven Sinne nach Gehorsam heischt, für nichtig zu erkennen — solche Befugnis bedürfte ausdrücklicher positivrechtlicher Normierung — so bedeutet die sogenannte Prüfungsbefugnis des Normvollziehers: daß er die Norm, die von ihm subjektiv Vollziehung (Gehorsam) fordert, für den konkreten Fall vernichten kann. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine generelle oder individuelle Norm, ob es sich um ein „Organ" im engeren Sinne oder um ein Organ im weiteren Sinne, also auch um einen bloßen „Untertan" handelt. Enthält die Rechtsordnung die Bestimmung, daß der Normvollzieher wegen Nichtbefolgung der Norm von einem anderen Organ zur Verantwortung gezogen werden kann, dann ist damit positivrechtlich bestimmt, daß eben nicht der Normvollzieher, sondern ein anderer darüber zu entscheiden hat, ob die zu vollziehende Norm rechtmäßig, ob daher die Nichtbefolgung ein zu ahndender Ungehorsam, ein Unrechtstatbestand sei oder nicht. Wenn derjenige, der die Norm zu vollziehen hat, selbst ihre Rechtmäßigkeit zu entscheiden haben soll, dann darf ihn wegen Nichtvollziehung keine Verantwortlichkeit, keine Unrechtsfolge treffen können.

D. Bloß vorläufige (erstinstanzliche) Prüfung und Entscheidung durch den Normvollzieher.

Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm kann dem zur Vollziehung berufenen Organ zwar zustehen — und dies ist mangels anderer Bestimmung der Rechtsordnung der Fall — aber sie muß ihm nicht endgültig zustehen. Kraft positiver Normierung — und solche ist dazu erforderlich — kann die endgültige Entscheidung auf ein anderes Organ übertragen sein; etwa in der Weise, daß das Vollzugsorgan zwar in erster Instanz die zu vollziehende Norm für ungültig erklären, daß aber ein anderes Organ — von Amts wegen oder auf Anrufung einer Partei oder kraft Vorstellung des mit der Vollziehung betrauten Organs selbst — diese Entscheidung überprüfen und, wenn es die zu vollziehende Norm im Widerspruch zum ersten, mit dem unmittelbaren Vollzug betrauten Organ für gültig erkennt, aufheben kann; worauf dann das erste Organ, an die Entscheidung der höheren Instanz gebunden, zum Vollzuge (Gehorsam) verpflichtet ist, wenn der Vollzug dann nicht auf die zweite Instanz übergeht. Zu dieser Gruppe gehört auch der Fall, daß das Vollzugsorgan kraft positiver Bestimmung befugt ist, bei dem Organ, das die nach Ansicht des Vollzugsorgans rechtswidrige Norm gesetzt hat, Vorstellung zu erheben, aber bei Wiederholung der Normsetzung — es kommt dies hauptsächlich beim Dienstbefehl in Betracht — zum Vollzuge verpflichtet ist. Wesentlich ist, daß auch in diesen Fällen, wenn das Vollzugsorgan als zur Prüfung und Entscheidung der Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm — wenn auch nur in erster Instanz und nicht endgültig — befugt gelten soll, eine Unrechtsfolge wegen des ursprünglichen Nichtvollzuges auch dann ausgeschlossen bleiben muß, wenn die zweite Instanz die Rechtmäßigkeit der in erster Instanz unbefolgt gebliebenen Norm und damit die Pflicht, ihr zu gehorchen, erkannt hat. Als ein Beispiel für diesen Fall eines beschränkten Prüfungs- und Entscheidungsrechtes des Vollzugsorgans sei die Stellung angeführt, die den Gerichten in den modernen Verfassungen den Verordnungen gegenüber eingeräumt ist. Das Recht, die Verordnungen auf ihre Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit hin im Instanzenzuge zu prüfen, bedeutet, daß das zur Vollziehung der Verordnung berufene Gericht erster Instanz die Verordnung auf den konkreten Fall anzuwenden ablehnen muß, wenn es diese Verordnung für rechtswidrig erkennt. Das bedeutet aber wieder nichts anderes, als daß das Gericht befugt ist, diese Verordnung für den konkreten Fall zu vernichten; jedoch nur in erster Instanz. Von der höheren Instanz kann die Verordnung als rechtmäßig erkannt und das erstrichterliche Urteil aufgehoben werden.

Auch eine generelle Aufhebung der Verordnung durch das Vollzugsorgan ist — allerdings nur kraft positivrechtlicher Bestimmung — möglich. So wenn z. B. die Verfassung einem besonderen Gerichte — etwa dem Obersten Gerichtshof oder einem Spezialgerichtshof — die Kompetenz einräumt, eine Verordnung — oder auch ein Gesetz — sofern diese generelle Norm von dem Gerichte angewendet werden soll — gänzlich zn kassieren, wenn es ihre Rechtswidrigkeit erkennt.

E. Prüfungs- aber kein Entscheidungsrecht des Normvollziehers.

Wenn kraft positivrechtlicher Bestimmung über die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden bzw. zu befolgenden Norm nicht das zur Vollziehung berufene Organ bzw. der zur Befolgung verbundene Untertan, sondern eine andere Instanz, das normsetzende Organ selbst oder ein anderes hiezu bestimmtes Organ zu entscheiden hat, so sind zunächst zwei Möglichkeiten zu unterscheiden. Der zur Vollziehung (Befolgung) Berufene weigert den Gehorsam, weil er die Norm für rechtswidrig hält, das zur Entscheidung dieser Frage berufene Organ — das ist stets die Behörde, die über die auf den Ungehorsam gesetzte Straffolge zu erkennen hat — entscheidet,

daß die fragliche Norm rechtswidrig war. Es liegt somit kein Ungehorsam vor, der Normvollzieher bleibt straffrei. Erkennt aber diese Instanz auf Rechtmäßigkeit der Norm, liegt Ungehorsam vor und tritt Strafe ein. Das Organ bzw. der Untertan handelt also in diesem Falle auf eigene Gefahr, wenn er eine Norm wegen Rechtswidrigkeit zu befolgen unterläßt. Ihm ist in diesem Falle wohl nicht die Befugnis, die Norm auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen, genommen, nur ist ihm nicht die Entscheidung darüber gegeben. Diese Stellung hat der zur Vollziehung (Befolgung) Berufene insolange, als nicht positiv bestimmt ist, daß ihm auch in gewissen Fällen, in denen die Norm als rechtswidrig erkannt wurde, die Unrechtsfolge treffen soll, solange ihm also nicht auch das Prüfungsrecht entzogen, richtiger: eingeschränkt ist, von welchem Falle später noch zu sprechen ist. Darum ist dies im allgemeinen die Stellung, die dem nur als „Untertan" in Betracht kommenden Subjekte angewiesen ist, dem zwar die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der von ihm zu befolgenden Norm dadurch entzogen ist, daß „Organe" über seinen Ungehorsam und damit die Rechtswidrigkeit der zu befolgenden Norm zu entscheiden haben. Die Möglichkeit aber, die Norm auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen, ist in der Regel dem Untertan durch keine Norm direkt verboten oder eingeschränkt. Allein indirekt und vielleicht auch unbeabsichtigt erheben sich solche Schranken. Beispiele: Hält man ein Rechtsgeschäft für nichtig, läuft man nur dann Gefahr, von der Unrechtsfolge getroffen zu werden, wenn das Gericht zu einer anderen Auffassung kommt. Befolgt man einen obrigkeitlichen Befehl nicht, weil man ihn für rechtswidrig hält, dann muß man von der Strafbehörde freigesprochen werden, wenn diese selbst den Befehl für rechtswidrig erkennt. Nur muß diese Behörde zur Prüfung und Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Norm befugt sein. Das ist z. B. nicht der Fall dem Gesetz gegenüber. Den Gerichten ist die Prüfung und Entscheidung gehörig kundgemachter Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin in der Regel ausdrücklich untersagt. Würde ein Untertan einem Gesetz den Gehorsam verweigern, weil er es für verfassungswidrig hält, müßte das Gericht über ihn unter allen Umständen die Unrechtsfolge verhängen, weil es sich auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes kraft positivrechtlicher Bestimmung gar nicht einlassen darf. Würde dagegen ein Untertan einer Verordnung wegen ihrer Gesetzwidrigkeit den Gehorsam verweigern, so muß das Gericht — wenn ein solches über die Ungehorsamsfolge zu entscheiden hat — den Untertanen freisprechen, falls es die Verordnung geprüft und ihre Gesetzwidrigkeit entschieden hat. Anders liegt es herkömmlicher Meinung nach bei den Verwaltungsbehörden. Obgleich die Verfassungen diesen das Recht, Gesetze zu prüfen, nicht ausdrücklich nehmen — so wie sie es bei den Gerichten tun — so glaubt man doch, auf einen Schluß a majori ad minus gestützt, annehmen zu dürfen, daß auch den Verwaltungsbehörden dieses Prüfungs- und Entscheidungsrecht fehlt. Und tatsächlich geht auch der Gesetzgeber, der ein solches Verbot an die Verwaltungsbehörden unterläßt — von einer falschen Theorie bestimmt — offenbar von der Voraussetzung aus, daß sich dies von selbst verstehe. Allein rechtstechnisch müßte den Verwaltungsbehörden — ebenso wie den Gerichten — das Prüfungsrecht Gesetzen gegenüber ausdrücklich genommen oder eingeschränkt werden, wenn dieser Zustand beabsichtigt ist. Das gleiche gilt in bezug auf Verordnungen und individuelle Dienstbefehle. Ebenso ist es überflüssig, den Gerichten — wie dies meist geschieht — das Recht, die Gesetzmäßigkeit der Verordnungen zu prüfen und zu entscheiden, ausdrücklich einzuräumen. Es würde genügen, es ihnen nicht zu nehmen. Geht man von der Voraussetzung aus, daß die Verwaltungsbehörden zur Prüfung und Entscheidung über die Gesetzmäßigkeit einer Verordnung nicht befugt sind, dann ist ein Untertan, wenn er einer Verordnung wegen ihrer Gesetzwidrigkeit den Gehorsam verweigert, im Falle zum Straferkenntnis über seinen Ungehorsam eine Verwaltungsbehörde kompetent ist, stets straffällig. Das Verhältnis des Untertanen zu der von ihm zu

befolgenden Norm richtet sich demnach nach dem Recht der zur Entscheidung über die Ungehorsamsfolge berufenen Behörde, die Rechtmäßigkeit der unbefolgt gebliebenen Norm zu prüfen und zu entscheiden.

Was hier von „Untertanen" ausgeführt wurde, gilt natürlich auch von „Organen" im engeren Sinne. Auch diese haben die Möglichkeit, die ihnen zur Vollziehung übertragene Norm, wenn sie sie für rechtswidrig halten, auf eigene Gefahr nicht zu vollziehen, sofern ihnen eine Prüfung der Norm nicht ausdrücklich verboten bzw. eingeschränkt ist und die über ihren Ungehorsam urteilende Disziplinarinstanz auf die Prüfung und Entscheidung der Frage eingehen kann, ob die unbefolgt gebliebene Norm tatsächlich rechtswidrig ist oder nicht. Wenn freilich diese Disziplinarinstanz mit dem normsetzenden Organ zusammenfällt — was speziell im Falle des von der vorgesetzten Behörde ergehenden Dienstbefehles zutrifft, wenn die vorgesetzte Behörde zugleich Disziplinarbehörde ist — dann ist die Gefahr, auf die das Organ handelt, das dem Dienstbefehl ungehorsam ist, allerdings sehr groß, weil die Chance, daß die Disziplinarinstanz den von ihr — als vorgesetzte Behörde — erlassenen Dienstbefehl für rechtswidrig erkennen wird, sehr gering ist. Daß die vorgesetzte Behörde zugleich Disziplinarinstanz ist, charakterisiert speziell eine autokratische Behördenorganisation und ist von einem Standpunkt zu rechtfertigen, von dem aus Gehorsam wichtiger erscheint als Rechtmäßigkeit. Aus der Mentalität dieses autokratischen Organisationstypus stammt auch die Theorie, daß das Organ dem Dienstbefehl — auch dem rechtswidrigen Dienstbefehl — gegenüber schlechthin gehorsampflichtig sei, daß es auch nicht auf eigene Gefahr den Gehorsam verweigern dürfe. Allein dies läßt sich nicht absolut, etwa aus der Natur des Organverhältnisses oder des Dienstbefehles, sondern nur aus den Bestimmungen des positiven Rechts entscheiden.

F. Beschränktes Prüfungs- und kein Entscheidungsrecht des Normvollziehers.

Kann positives Recht fordern, daß der zur Vollziehung bzw. Befolgung einer Norm Berufene diese Norm unter allen Umständen zu befolgen habe, daß Ungehorsam selbst dann, wenn die Normwidrigkeit der unbefolgt gebliebenen Norm festgestellt wurde, strafbar sei? Ist damit nicht der Versuch gemacht, den Grundsatz, daß nur eine rechtmäßige Norm zu befolgen und somit eine Norm sei, positivrechtlich aufzuheben oder zu beschränken? Eine vollständige Ausschließung des Prüfungs- und Entscheidungsrechtes des Normvollziehers läßt sich — wie später noch zu zeigen sein wird — positivrechtlich nicht durchführen. Nur eine mehr oder weniger weitgehende Einschränkung dieses Prüfungs- und Entscheidungsrechtes ist möglich.

Der Fall, der so charakterisiert wird, liegt folgendermaßen: Die Rechtsordnung enthält zwar Vorschriften über die Art und Weise, wie die Normen verschiedener Stufe (Verfassungsgesetze, einfache Gesetze, Verordnungen, Dienstbefehle usw.) zustande kommen sollen, aber sie bestimmt zugleich: Derjenige, der eine dieser Normen zu vollziehen hat, darf die Norm nur nach bestimmter, positivrechtlich genau bezeichneter Richtung und keineswegs nach allen Richtungen, d. h. in bezug auf alle diese normbestimmenden Vorschriften prüfen, bzw. prüfen und entscheiden. Ob Prüfung und Entscheidung der Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm nach anderen Richtungen als jenen, die dem Vollzieher freistehen, anderen Organen übertragen ist, kommt hier weiter nicht in Frage. Unterläßt das zur Vollziehung berufene Organ die Vollziehung der Norm, befolgt es die Norm nicht und zwar wegen Mängel, die ihm zu prüfen und, wenn auch nicht endgültig, sondern bloß in erster Instanz, zu entscheiden überlassen ist: dann kann ihn keine Unrechtsfolge treffen, selbst wenn die zur endgültigen Entscheidung berufene Instanz die Rechtmäßigkeit der unbefolgt gebliebenen Norm nach der vom

Vollzugsorgan zu überprüfenden Richtung feststellt. Das Vollzugsorgan ist befugt, aus ganz bestimmten Gründen, und nur aus diesen, die Norm für den konkreten Fall — wenn vielleicht auch nicht endgültig — aufzuheben. Ist dem Vollzugsorgan nach dieser Richtung ein Prüfungs-, aber kein Entscheidungsrecht gegeben, dann geht sein Ungehorsam nach dieser Richtung auf seine eigene Gefahr. Es kann die ihm zur Vollziehung überantwortete Norm aus den in der Rechtsordnung bezeichneten Gründen nur auf eigene Gefahr aufheben. Würde dagegen das Vollzugsorgan die ihm zur Vollziehung stehende Norm wegen Mängel unbefolgt lassen, die ihm zu prüfen und geschweige denn zu entscheiden benommen ist, dann müßten es unter allen Umständen Unrechtsfolgen treffen, selbst wenn ein anderes Organ die Rechtswidrigkeit der zu befolgenden Norm festgestellt hätte und aus diesem Grunde etwa die Norm aufheben würde. Was etwas ungenau mit den Worten ausgedrückt wird: das Vollzugsorgan ist auch zur Vollziehung einer rechtswidrigen Norm verpflichtet, bedeutet: Die Vernichtung der Norm wegen bestimmter Mängel steht dem zur Vollziehung berufenen Organ in gar keiner Weise, insbesondere auch nicht für den konkreten Fall und auf eigene Gefahr, sondern eventuell einem anderen Organ zu. Sofern das Vollzugsorgan die Norm zu befolgen hat, ist diese in dem Verhältnis zu dem Vollzugsorgan rechtmäßig; die Rechtmäßigkeit der Norm ist eben keine absolute, sondern eine relative Größe. Als Beispiel für den eben charakterisierten Typus kommt vor allem das Verhältnis der Gerichte zu dem Gesetz in Betracht. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Zustandekommens ist ausdrücklich insoweit untersagt, als nicht die Bestimmungen über die Kundmachung in Frage kommen. Würde bei solcher Rechtslage ein Richter die Anwendung eines Gesetzes etwa aus dem Grunde verweigern, weil es im Parlament bei der Beschlußfassung an der erforderlichen Majorität gefehlt habe, so würde seine unter Nichtbeachtung des Gesetzes ergangene Entscheidung des konkreten Falles nicht nur kassiert werden, sondern er machte sich auch disziplinär verantwortlich. Und zwar selbst dann, wenn der von ihm behauptete Mangel tatsächlich konstatiert würde; was freilich voraussetzt, daß das Disziplinargericht auf die Prüfung dieser Frage eingehen könnte; was jedoch bei dem allgemeinen Prüfungsverbot nicht der Fall ist. Anders, wenn er die Anwendung des Gesetzes wegen nicht gehöriger Kundmachung verweigerte. Hier wäre er selbst in dem Falle von Verantwortung frei, daß sein Urteil in höherer Instanz aufgehoben würde, weil diese die Kundmachung für gehörig erkennt. Verweigert ein „Untertan" einem Gesetze den Gehorsam, weil er es für nicht gehörig kundgemacht und darum für kein „Gesetz" hält, so ist er straffrei nur dann, wenn das mit der Entscheidung über die Ungehorsamsfolge betraute Gericht seiner Anschauung beitritt. Der Untertan hat somit nur ein Prüfungs-, kein Entscheidungsrecht, er kann nur auf eigene Gefahr den Gehorsam verweigern. Kraft positiver Vorschrift kann bestimmt sein, daß ein von einem „Organ" an das andere gerichteter Dienstbefehl nur dann unbefolgt bleiben darf, wenn er von einer inkompetenten Stelle ausgeht oder an eine zur Ausführung inkompetente Stelle gerichtet ist, oder gegen das Strafgesetz verstößt, oder gewissen Formvorschriften nicht entspricht. Der Sinn dieser Bestimmung ist wohl meist der: Wenn das Organ den an ihn gerichteten Dienstbefehl aus den bezeichneten Gründen unbefolgt läßt, und wenn die zur Entscheidung über den Ungehorsam berufene Instanz die von dem ersten Organ behaupteten Mängel bestätigt, dann ist es von Verantwortung frei. Es soll nur ein beschränktes Prüfungsrecht haben; nicht aber soll dem Urteil, das der Empfänger des Dienstbefehls über dessen Rechtmäßigkeit hat, der Charakter einer Entscheidung zukommen. Doch kann auch dies positivrechtlich statuiert sein. Die Einschränkung des Prüfungsrechtes auf bestimmte Normwidrigkeiten bedeutet, daß sich das Organ unter allen Umständen wegen Ungehorsams verantwortlich macht, wenn es den Dienstbefehl wegen anderer Normwidrigkeiten unbefolgt läßt.

G. Die Theorie der Selbstlegitimation des obrigkeitlichen Aktes.

Die im Vorhergehenden als möglich dargestellten typischen Gestaltungen des Verhältnisses, in dem das Organ (im weitesten, Rechtswesens-Sinne) zu der von ihm zu vollziehenden Norm in bezug auf die Prüfung und Entscheidung ihrer Rechtmäßigkeit stehen kann, sind als rechtsinhaltliche Bestimmungen nur das Ergebnis positivrechtlicher Normierung. Es handelt sich dabei um Einschränkungen des — mangels anderer positivrechtlicher Bestimmungen als rechtswesentlich geltenden, weil aus dem reinen Sinn der von dem Organ Vollziehung heischenden Normen sich ergebenden — Grundsatzes, daß der zur Vollziehung der Norm Berufene deren Rechtmäßigkeit zu prüfen und zu entscheiden habe. Es muß ein vergebliches Bemühen bleiben, irgendwelche natürliche, aus der Natur der Sache selbst sich ergebende Schranken dieses Grundsatzes, sei es allgemein, sei es in dem Verhältnis eines besonderen Organs zu einer besonderen Art von Normen, zu suchen, wie dies besonders bei der Darstellung des Verhältnisses des Verwaltungsorgans gegenüber dem Dienstbefehl geschieht. So wird mitunter ohne jede positivrechtliche Grundlage behauptet, daß der Beamte den Dienstbefehl nur auf die Einhaltung der Kompetenz- und äußeren Formvorschriften zu prüfen habe. Mitunter gestattet ihm die Theorie auch die Prüfung, ob der Befehl dem Strafgesetz widerspreche. Allein es ist nicht einzusehen, warum der Dienstbefehl von dem Vollzugsorgan gerade nur auf sein Verhältnis zu diesen und nicht überhaupt zu allen seine Rechtmäßigkeit konstituierenden Normen geprüft werden soll, wenn diese Differenzierung nicht positivrechtlich begründet ist. Dabei wird das eine Mal nur ein Prüfungsrecht angenommen (derart, daß der Beamte bei Ungehorsam aus den angegebenen Gründen auf eigene Gefahr handelt), das andere Mal nach dieser Richtung auch ein Entscheidungsrecht behauptet (so daß der Beamte von jeder Verantwortung frei ist). Auch diese Frage ist nur positivrechtlich zu entscheiden. Besonders bedenklich ist die mitunter vertretene Anschauung, der Beamte dürfe den Gehorsam verweigern, wenn der Befehl dem klaren Wortlaut eines Gesetzes widerspreche; in allen zweifelhaften Fällen dagegen, namentlich in solchen, wo es sich um die Auslegung eines Gesetzes handle, habe der Beamte Dienstbefehle als für sich maßgebend zu erachten, ohne befugt zu sein, deren materielle Richtigkeit zu prüfen. Denn dies ist, wenn der Vollzugsbeamte selbst zu entscheiden hat, was der Sinn des klaren Wortlautes und ob eine Auslegung zweifelhaft ist, nur eine Scheinschranke. Hat darüber aber nach Ansicht dieser Theorie eine andere Instanz zu entscheiden, so ist dem Beamten wieder jedes Prüfungsrecht genommen.

Mitunter versucht man aus der Natur des obrigkeitlichen Aktes im allgemeinen und so auch aus der des Dienstbefehles die Ausschließung jedes Prüfungsrechtes des Vollzugsorgans abzuleiten: der Normsetzungsakt — als welcher sich jeder obrigkeitliche Akt ja darstellt — bezeuge dadurch, daß er erlassen wird, von selbst auch schon, daß die Voraussetzungen seiner Rechtmäßigkeit gegeben seien. Dieses Zeugnis mache ihn maßgebend und bindend, sofern nicht — positivrechtlich — eine besondere Zuständigkeit zur Nachprüfung und Ungültigerklärung gegeben sei (O. Mayer). Es ist geradezu die Umkehrung jenes Standpunktes, der hier nach den Prinzipien der reinen Rechtstheorie entwickelt wurde. Es ist der Ausdruck eines spezifischen politischen Prinzips, das sich — auch ohne positivrechtliche Grundlage — durchzusetzen bemüht. Sofern diese Theorie akzeptiert wird — und sie erfreut sich kraft der Autorität ihrer Vertreter großer Verbreitung — bleibt sie auch auf den Gesetzgeber nicht ohne Einfluß. Dieser unterläßt dann jede Einschränkung des Prüfungsrechtes, da er, durch die „Theorie" veranlaßt, von der Voraussetzung ausgeht, daß ein Prüfungsrecht nur kraft ausdrücklicher Verleihung bestehe, bei Stillschweigen des Gesetzgebers aber — weil zur Natur des behördlichen Aktes in Widerspruch — fehle; was dann bei der Interpretation zu höchst bedenklichen Konsequenzen

führt, da sich die „Absicht“ des Gesetzgebers — ganz abgesehen von der allgemeinen Fragwürdigkeit dieses Interpretationsgrundsatzes — hier ganz besonders schwer erweisen läßt; zumal wenn derselbe Gesetzgeber gelegentlich eine ausdrückliche Einschränkung des Prüfungsrechtes doch für nötig hält! Doch ist die Theorie nicht in der Lage, diesen Grundsatz uneingeschränkt aufrechtzuerhalten. Obgleich sie behauptet, der obrigkeitliche Akt bezeuge seine Rechtmäßigkeit selbst, muß sie doch zugeben, er könne dies nur dann tun, wenn er wirklich ein obrigkeitlicher Akt, speziell ein Dienstbefehl sei. Darin ist aber eine petitio principii gelegen. Und an diesem Punkte einmal angelangt, muß die Theorie sich zu dem Zugeständnis bequemen: die Voraussetzung, ob überhaupt ein obrigkeitlicher Akt vorliege, habe allerdings der Normvollzieher zu prüfen und eventuell auch zu entscheiden. Und unter diesem Gesichtspunkt wird dann im wesentlichen gelehrt, was viele Autoren auch ohne die Theorie der Selbstbezeugung vertreten: daß das Vollzugsorgan zwar nicht die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm im allgemeinen, aber doch in bezug auf die Kompetenz- und Formvorschriften prüfen dürfe und solle. Der Grund für diesen Rückzug von der Position, derzufolge der obrigkeitliche Akt seine Rechtmäßigkeit selbst bezeugt, ein Prüfungsrecht des Normvollziehers daher ausgeschlossen ist, zu der Lehre von dem bloß beschränkten Prüfungsrecht des Vollzugsorgans liegt ja auf der Hand. Es ist die Unmöglichkeit, schlechthin einen jeden Tatbestand, der subjektiv mit dem Anspruch, als rechtmäßige Norm zu gelten, auftritt, auch objektiv, und sei es auch nur vorläufig, als solchen gelten zu lassen. Auch der Hauptmann von Köpenick hat Akte gesetzt, die ihrem subjektiven Sinne nach Dienstanweisungen und Verwaltungsbefehle waren. Aber der Fall des Hauptmanns von Köpenick soll doch vermieden werden! Daß er tatsächlich nicht vermieden daß er gerade innerhalb einer staatlichen Organisation Ereignis wurde, deren Geist sehr nachhaltig durch die autokratisch-autoritäre Theorie von der Selbstbezeugung des obrigkeitlichen Aktes bestimmt war, ist sicherlich kein Zufall.

Die Lehre, der obrigkeitliche Akt bezeuge dadurch, daß er gesetzt werde, von selbst schon seine Rechtmäßigkeit, bedeutet ursprünglich — wie hier bereits dargelegt — daß die Theorie gewissen Normsetzungsakten, nämlich denjenigen, die von „Organen“ im engeren Sinne ausgehen, eine Vorzugsstellung zuerkennen will, die zu verleihen nur positivrechtliche Bestimmung vermag, und die die Theorie darin erblickt, daß diese obrigkeitlichen Akte im Falle ihrer Mangelhaftigkeit nur vernichtbar sind, während die nicht obrigkeitlichen Normsetzungsakte — die sogenannten „Rechtsgeschäfte“ — im Falle ihrer Normwidrigkeit als „nichtig“ zu gelten haben. Daß es sich dabei nicht um den prinzipiellen Gegensatz von Nichtigkeit und Vernichtbarkeit, sondern nur um verschiedene Grade der Vernichtbarkeit handelt, wurde bereits dargetan. Doch kommt dies hier nicht weiter in Betracht. Bedeutsam ist hier lediglich die Frage, ob es angeht, diese Lehre von der „Selbstbezeugung“ des obrigkeitlichen Aktes auch zur Lösung des Problems des Prüfungs- bzw. Entscheidungsrechtes des Vollzugsorgans heranzuziehen. Denn das ist offenbar der Sinn, in dem die Theorie der „Selbstbezeugung“ hier auftritt: Weil schon durch die Setzung des obrigkeitlichen Aktes, d. h. der so bezeichneten Norm selbst, deren Rechtmäßigkeit bezeugt wird, ist eine Prüfung und Entscheidung dieser Rechtmäßigkeit von seiten des zur Vollziehung der Norm verpflichteten Organes ausgeschlossen oder doch wesentlich eingeschränkt. Nicht der Normvollzieher, sondern der Normsetzer hat die Rechtmäßigkeit der Norm zu prüfen und zu entscheiden. Allein diese Argumentation ist falsch. Sie vermengt zwei durchaus verschiedene Probleme miteinander. Die Setzung der Norm und die Prüfung bzw. Entscheidung ihrer Rechtmäßigkeit sind zwei gänzlich verschiedene und zumindest zeitlich auseinanderfallende Akte. Die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm kann geprüft und entschieden werden nur anläßlich des Ungehorsams des Vollzugsorgans.

Sie bezieht sich auf die bereits gesetzte Norm und ist ein Problem ihrer Vollziehung, nicht ihrer Setzung. Sicherlich kann auch das Normsetzungsorgan zur Prüfung und Entscheidung der Rechtmäßigkeit der von ihm selbst gesetzten Norm berufen sein. Aber nur, sofern es die Folgen des Nichtvollzuges dieser Norm zu setzen hat. Der Grundsatz der „Selbstbezeugung" des obrigkeitlichen Aktes — daß er nur kraft positivrechtlicher Normierung gilt, wird hier vorausgesetzt — besagt an sich nicht, daß der Normsetzer die Rechtmäßigkeit der gesetzten Norm zu prüfen und zu entscheiden habe, sondern nur, daß die durch den obrigkeitlichen Akt gesetzte Norm so lange gilt, bis sie durch einen anderen obrigkeitlichen Akt aufgehoben ist. Daraus folgt aber durchaus nicht, daß das mit der Vollziehung der Norm betraute Organ von der Prüfung und Entscheidung der Rechtmäßigkeit dieser Norm ganz oder teilweise ausgeschlossen ist. Denn mit diesem Grundsatz der „Selbstbezeugung" ist durchaus vereinbar, daß gerade das Vollzugsorgan berufen ist, die zu vollziehende Norm wegen Mängel aufzuheben. Daß sich die Theorie der Selbstbezeugung des obrigkeitlichen Aktes mit der Theorie identifiziert, die das Vollzugsorgan von der Prüfung und Entscheidung der Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm nach Möglichkeit ausschließt, ist darauf zurückzuführen, daß beide einer autokratisch-politischen Ideologie entstammen; die autokratische Behördenorganisation aber — die diese Theorien unzulässigerweise verabsolutieren, indem sie sie für die Behördenorganisation schlechthin ausgeben — charakterisiert sich positivrechtlich sowohl durch die mit der Selbstbezeugungstheorie ausgesprochene Bevorzugung gewisser Normsetzungsakte, als auch — speziell in bezug auf das Verhältnis zum Dienstbefehl — dadurch, daß die normsetzende, d. h. zur Erlassung des Dienstbefehls berufene Instanz, nämlich das vorgesetzte Organ, dem Vollzugsorgan gegenüber zugleich Disziplinarinstanz ist. Setzt man solche Rechtslage als einzig mögliche voraus, dann entsteht — wie bereits oben gezeigt — leicht der Schein, als ob eine Befugnis des Vollzugsorgans, die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm zu entscheiden, wesenhaft ausgeschlossen, die Rechtmäßigkeit aber zu prüfen, notwendig eingeschränkt sein müsse.

H. Rechtspolitische Erwägungen.

Untersucht man die Frage nach der Prüfung und Entscheidung der Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm von einem rechtspolitischen Standpunkt, so ergibt sich im wesentlichen die folgende Erwägung: Hat der Normvollzieher, das ist der zum Gehorsam Verpflichtete, darüber zu entscheiden, ob die zu vollziehende Norm rechtmäßig und daher zu vollziehen, ob der Gehorsam zu zollen sei, so besteht die Gefahr, daß es überhaupt zu keiner Vollziehung, zu keinem Gehorsam kommt, da sich der Gehorsampflichtige jederzeit durch die Entscheidung der Rechtswidrigkeit der Gehorsam heischenden Norm von der Last des Gehorsams befreien kann. Ja, indem die Entscheidung der Gültigkeit der Norm letztlich in das Ermessen des Normvollziehers gestellt ist, wird die Geltung der Norm — selbst wenn ihre Setzung dem Willen des Normunterworfenen entzogen ist — in der Vollziehung doch wieder — wenn schon nicht von dessen Willen, so doch — von dessen gutem Willen abhängig gemacht, und so die Existenzmöglichkeit der Ordnung selbst, nämlich ihre objektive Geltung, in Frage gestellt. Diese Erwägung drängt zu einer positivrechtlichen Einschränkung des Prüfungs- und Entscheidungsrechtes des Normvollziehers. Faßt man aber speziell den Fall ins Auge, daß der Normsetzer selbst mit der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm betraut wird, so ist zu beachten, daß das begreifliche Interesse des Normsetzers, seinen in der Norm geäußerten Willen durch das Vollzugsorgan realisiert zu sehen, sein Urteil über die Rechtmäßigkeit dieser Norm trüben muß. Diese Gefahren werden vermieden, wenn die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm weder dem Vollzieher noch dem Setzer, sondern einer von beiden

verschiedenen Instanz übertragen wird. Allein damit ist das rechtspolitische Problem in einem gewissen Sinne nur hinausgeschoben, nicht gelöst. (Aber vielleicht besteht die einzig mögliche „Lösung" hier nur in der Hinausschiebung?) Denn auch die Entscheidung des zweiten Organs darüber, ob die vom ersten Organ unvollzogen gebliebene Norm rechtmäßig und daher zu vollziehen sei, geschieht nur in Vollziehung von Normen, ja sie ist, wenn auch nicht unmittelbare, so doch mittelbare Vollziehung, Anwendung eben jener Norm, die das erste Organ unvollzogen gelassen. Führt das Mißtrauen gegen das unmittelbare Vollzugsorgan zur Einrichtung einer höheren Instanz über ihm, so muß doch dieser Instanzenzug, da es kein regressus ad infinitum sein kann, positivrechtlich ein Ende haben. Als letzte Instanz aber muß das Vollzugsorgan selbst über die Rechtmäßigkeit der von ihm zu vollziehenden Norm endgültig entscheiden. Gewiß: nichts liegt näher als der Gedanke, daß man dem mit dem unmittelbaren Vollzuge einer Norm betrauten Organ, vor allem dem „Untertan" nicht die endgültige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm überlassen könne, daß man zumindest überprüfen lassen müsse, ob denn nicht purer Mutwille, völlige Unkenntnis oder bewußte Zerstörungsabsicht den Ungehorsam nur zum Scheine mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit decken will, wo selbst bei noch so rigoroser Prüfung keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit möglich sind. Wer aber garantiert, daß gerade die zweite Instanz, deren Funktion ja auch nur von Menschen geleistet wird, einen besseren Willen, eine bessere Einsicht hat als die erste? Die Frage: Quis custodiet custodem? muß positivrechtlich unbeantwortet bleiben. Indem der Instanzenzug aber — in pyramidenförmigem Aufstieg — die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Normen von vielen niedrigen Organen auf immer weniger, höhere Organe konzentriert, wird tatsächlich in quantitativer wie qualitativer Hinsicht das Gefahrenmoment eingeengt, wenn auch nicht gänzlich beseitigt. Je geringer die Zahl jener, die endgültig über die Rechtmäßigkeit zu entscheiden haben, desto geringer die Chance für rechtswidrige Entscheidungen. Je qualifizierter die Organe höheren Ranges — und die Qualifikation ist ja wenigstens der Idee nach das Ausleseprinzip für den Aufstieg zu höherem Rang — je stärker das Interesse an der Erhaltung der Ordnung, in der dieser Rang mit allen seinen Vorteilen verankert, desto höher die Garantie dafür, daß der Wille der letztinstanzlichen Organe, von dem schließlich die Vollziehung abhängt, ein guter ist. Das mag dafür sprechen, daß letztlich der Minister oder ein oberster Gerichtshof, nicht aber das unterste Vollzugsorgan über die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm zu entscheiden habe.

Aber auch nach anderer Richtung läßt sich der Grundsatz, daß das Vollzugsorgan die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm zu prüfen und zu entscheiden habe, nicht ganz ausschließen. Man kann wohl im Interesse einer prompten Vollziehung dem zur unmittelbaren Vollziehung berufenen Organ die endgültige Entscheidung, ja jede Entscheidung der Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm entziehen. Aber die Rechtsordnung höbe ihren eigene nSinn auf, wenn sie bestimmte, daß das Vollzugsorgan auch in gar keiner Weise und nach gar keiner Richtung die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm prüfen dürfe. Ein Minimum an Prüfungsrecht ist schlechthin unentziehbar. Das zur Vollziehung berufene Organ, auch das zur unmittelbaren Vollziehung berufene, muß fragen, ob überhaupt so etwas wie eine Rechtsnorm vorliegt, wenn der Sinn seiner Organpflicht der ist, nur Rechtsnormen zu vollziehen; es kann nicht ohne weiteres verbunden sein, jeden Tatbestand, der mit dem subjektiven Anspruch auftritt, Norm zu sein, objektiv als solchen gelten zu lassen. Es muß zumindest nach bestimmter Richtung prüfen, d. h. aus bestimmten Gründen, wenn auch nur auf eigene Gefahr (Verantwortung) den von ihm subjektiv geheischten Gehorsam verweigern können. Die Grenze dieser Prüfungsbefugnis, jenes Minimum läßt sich allerdings a priori nicht bestimmen, muß positiver Regelung überlassen bleiben. Ja, in einem gewissen Sinne könnte

sogar behauptet werden, daß nicht einmal die Möglichkeit ganz ausgeschlossen sei, daß das unmittelbar zur Vollziehung berufene Organ die endgültige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Norm habe. Wie schon in anderem Zusammenhange gezeigt wurde, kann die Möglichkeit von ,,absolut" nichtigen, den subjektiven Sinn der verbindlichen Norm behauptenden Tatbeständen theoretisch nicht ausgeschlossen werden. Dies wurde früher (vgl. S. 277) dahin des näheren bestimmt, daß die Annahme gewisser Tatbestände unvermeidlich ist, die subjektiv den Anspruch erheben, verbindliche Rechtsnormen zu sein, die als Gehorsam heischende Akte auftreten, objektiv aber diesen Sinn niemals erhalten, da es gar keines Organaktes bedarf, ihnen diesen Sinn zu nehmen. Man könnte versuchen, diese Grenzfälle auch dahin zu formulieren: es sind Normen, hinsichtlich deren die von ihnen zur Vollziehung berufenen Organe nicht nur die Prüfung, sondern auch die endgültige Entscheidung ihrer Rechtmäßigkeit haben. Daß dem Dienstbefehl eines Hauptmanns von Köpenick der Gehorsam geweigert, daß solcher Befehl von Rechts wegen unausgeführt bleiben darf, ohne daß es zu einer weiteren Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieses Unterlassens kommt, das ließe sich vielleicht nicht nur so deuten, daß der Befehl des Hauptmanns von Köpenick absolut nichtig sei, sondern auch so, daß der Befehlsadressat diesen Akt für den konkreten Fall endgültig zu vernichten befugt ist. Wenn man bei dieser Deutung die — sonst als absolut nichtig charakterisierten — Tatbestände vorläufig auch objektiv als Rechtsakte voraussetzt, so geschieht dies darum, weil sie sonst rechtlich gar nicht erfaßbar wären, im System der Rechtserkenntnis keinen Platz fänden, über sie juristisch überhaupt nichts ausgesagt werden könnte. Man vermiede durch diese Hilfshypothese den in sich widerspruchsvollen Begriff eines absolut nichtigen Tatbestandes. Denn ein Tatbestand, der absolut nichtig ist, ist überhaupt kein ,,Tatbestand", d. h. ein Objekt juristischer Erkenntnis, ist juristisch nichts. Allein diese Konstruktion bediente sich der mit dem positiven Recht völlig unvereinbaren Annahme, daß jeder Tatbestand, der subjektiv den Sinn einer Rechtsnorm hat, auch objektiv — wenn auch nur bis zu seiner Aufhebung durch einen objektiv gültigen Rechtsakt — als Rechtsakt zu gelten habe. Denn das ganze Wesen der Rechtsordnung besteht darin, daß sie den Tatbestand durch objektive Kriterien qualifiziert, daß nur ein den Rechtsnormen irgendwie objektiv entsprechender Tatbestand rechtlich als solcher gelten kann. Die Antinomie, auf die die Rechtstheorie hier stößt, zeigt eben an, daß es sich um einen Grenzfall, um ein Problem der Systemgrenze handelt.

I. Das Problem der Rechtskraft.

Entkleidet man die Frage nach dem Verhältnis des Organs zu der von ihm zu vollziehenden Norm, die Frage nach dem sogenannten Prüfungsrecht des Organs, des personifikativen Charakters, den sie dadurch erhält, daß sie auf die Person des Organs, nicht aber — wenigstens darstellungsweise — auf die objektive Organfunktion abgestellt ist, und reduziert man sie auf die Beziehungen zwischen objektiven Tatbeständen bzw. Normen, so stellt sie sich — wie gezeigt — als die Frage dar: Welche Folge hat ein Tatbestand, der subjektiv Organfunktion (Norm) zu sein beansprucht, objektiv aber den diesen Tatbestand als Organfunktion (Norm) qualifizierenden Normen nach Ansicht desjenigen nicht entspricht, der zum Vollzug der normwidrigen Norm — ihrem subjektiven Sinne nach — berufen ist? Welche Folge tritt ein, wenn dieser die für normwidrig gehaltene Norm nicht vollzieht? Als eine besondere Frage erscheint dann, ob und wie die Aufhebung und Abänderung der rechtswidrigen Norm möglich ist und speziell durch das zu ihrer Vollziehung berufene Organ herbeigeführt werden kann. Recht der Vorstellung gegen den für rechtswidrig erachteten Dienstbefehl, Rechtsmittel der Partei gegen Verwaltungsbefehl und richterliches Urteil (Instanzenzug) usw. Ist positivrechtlich keine solche

Möglichkeit vorhanden, dann ist die Norm dem zur Vollziehung (Gehorsam) Berufenen gegenüber in sogenannte formelle Rechtskraft erwachsen, das heißt: eine Abänderung der Norm kann von Seite des zu ihrer Vollziehung Berufenen nicht oder nicht mehr herbeigeführt werden. Die Frage nach dem Verhältnis des Organs zu der von ihm zu vollziehenden Norm wird ein Teil des Rechtskraftproblems, als des Problems der Abänderbarkeit bzw. Geltungsdauer der Norm.

Das gilt vollends von der Frage, in welchem Verhältnis das Organ zu der von ihm gesetzten (zum Unterschied von der von ihm zu vollziehenden) Norm steht. Es ist die Frage, ob das Organ an die von ihm erlassene Norm selbst „gebunden" ist, das heißt, ob es sie jederzeit selbst aufheben bzw. abändern kann oder nicht. Wenn das letztere der Fall ist, spricht man von materieller Rechtskraft. Dabei steht aber nichts anderes in Frage als: ob und unter welchen Bedingungen eine Norm abgeändert, und speziell: durch eine andere Norm ersetzt werden kann, die von demselben Organ ausgeht. Dieses Problem wurde bereits unter dem Gesichtspunkt der Geltungsdauer der die staatliche Ordnung bildenden Normen (vgl. S. 149) behandelt. In diesem Zusammenhange sei nur nochmals betont, daß die Frage, ob und wann ein Organ an die von ihm selbst gesetzte Norm in dem Sinne gebunden ist, daß ihm nicht freisteht, diese selbstgesetzte Norm durch eine andere aufzuheben und eventuell zu ersetzen, von der Theorie nicht etwa in der Weise beantwortet werden kann, daß aus der Natur gewisser Akte ihre Unabänderlichkeit durch Akte gleicher Art, aus der Natur anderer dagegen ihre beliebige Abänderlichkeit geschlossen wird und so etwa richterliche Urteile von Verwaltungsakten geschieden werden. Wenn zwischen beiden ein derartiger Unterschied besteht, so kann er nur positivrechtlich begründet sein. Aus dem Wesen der Norm als solcher ist keinerlei Erkenntnisgrund für das Urteil zu holen, das eine Schranke ihrer Geltungsdauer aussagt. Und darum bedarf es positivrechtlicher Bestimmung, daß und unter welchen Umständen eine Norm durch die Setzung einer Norm gleicher Art, insbesondere aber einer desselben Organs aufgehoben bzw. ersetzt werden kann. Gerade dadurch bewährt sich die reine Rechtstheorie als eine Theorie des positiven Rechtes, daß sie es ablehnt, eine Entscheidung zu treffen, die dem positiven Recht vorbehalten bleibt. Und gerade dadurch wird eine Theorie zum Naturrecht, daß sie — wie dies die herrschende Lehre speziell in der Frage der materiellen Rechtskraft tut — aus dem Wesen der verschiedenen Rechtsakte deren Fähigkeit, in materielle Rechtskraft zu erwachsen, das ist: deren Unfähigkeit, durch Akte gleicher Art und insbesondere desselben Organs abgeändert zu werden, glaubt ableiten zu können. Allerdings ergeben sich aus einer solchen streng positivistischen Einstellung dem positiven Rechte gegenüber nicht selten Schwierigkeiten, weil der Gesetzgeber auch in der Frage der materiellen Rechtskraft, durch eine höchst problematische Theorie bestimmt, manches für selbstverständlich, weil aus der Natur der Sache erschließbar voraussetzt und daher eine positive Regelung unterläßt. Immerhin: wenn sich mit einer gewissen Sicherheit feststellen läßt, was der Gesetzgeber als selbstverständlich voraussetzt, so kann dies als positivrechtlich bestimmt angenommen werden. Daß das von der Verfassung zur Gesetzgebung berufene Organ ermächtigt ist, ein von ihm erlassenes Gesetz jederzeit durch ein anderes aufzuheben oder abzuändern, kann wohl als der Sinn der durch die Verfassung erteilten Ermächtigung angesehen werden, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesagt ist. Das gleiche gilt für das zur Erlassung von Verordnungen delegierte Organ. Innerhalb des vom Gesetze gelassenen Spielraums kann das zur Verordnung kompetente Organ eine erlassene Verordnung jederzeit aufheben und abändern. Man wird im allgemeinen annehmen können, daß das Verordnungsorgan in diesem Sinne vom Gesetz bzw. unmittelbar von der Verfassung delegiert wurde. Die großen Schwierigkeiten ergeben sich erst bei den individuellen Normen. Denn hier überwiegt nicht wie bei Gesetz und Verordnung so ausgesprochen das legislativpolitische Interesse an ihrer jeder-

zeitigen Abänderbarkeit. Hier steht diesem Interesse deutlich das gegenteilige Interesse der durch die individuellen Normen unmittelbar verpflichteten und berechtigten Subjekte an einer Befestigung, an einer Sicherheit und Berechenbarkeit ihrer persönlichen Rechtslage gegenüber. Allein zwischen diesen beiden Interessen muß die positive Rechtsordnung entscheiden, hier — wie auch sonst — kann keine Interessenabwägung der Theorie das ersetzen, was das positive Recht unterlassen hat. Ob alle oder nur gewisse Verwaltungsakte z. B. jederzeit abänderbar sein sollen, ob es das „öffentliche Interesse" fordert oder nicht, darüber kann man sehr verschiedener Meinung sein. Und wenn den richterlichen Akten materielle Rechtskraft zukommt, das heißt: wenn diese Akte nicht, richtiger: nur sehr beschränkt abänderbar sind, so ist das nicht etwa darum der Fall, weil sich dies aus ihrem Wesen ergibt, sondern weil und sofern die positive Rechtsordnung eine solche beschränkte Abänderbarkeit setzt. Und sie wären schlechthin unabänderlich, würde die Rechtsordnung nicht bestimmen, unter welchen Bedingungen, nach welchem Verfahren usw. sie abgeändert werden können (Merkl).

§ 42. Das Verhältnis der Staatsorgane untereinander.

A. Die Subordination.

Von der Frage, in welchem möglichen Verhältnis das Organ zu der — von ihm zu vollziehenden oder gesetzten — Norm steht, läßt sich die Frage unterscheiden, in welchem Verhältnis das Organ zu anderen Organen stehen kann. Die Antwort, auf die sie zielt, lautet: daß Organe entweder einander über- und untergeordnet oder gleichgeordnet sein können. Das Wesen der Subordination der Organe steht zu Problem; und damit implicite das Wesen der Koordination, da diese wesentlich nur negativ durch den Mangel eines Subordinationsverhältnisses bestimmbar ist. Daß man in einem engeren Sinne von koordinierten Organen nur spricht, sofern Organe in keinem Subordinationsverhältnis stehen und überdies zur gleichen Organfunktion, auf der gleichen Stufe der Staatswillensbildung berufen sind, ist von verhältnismäßig untergeordneter Bedeutung.

Das Wesen des Subordinationsverhältnisses zweier Organe, kraft dessen das eine Organ dem anderen untergeordnet, so daß dieses als „Vorgesetzter" jenem als „Untergebenen" gegenübersteht, wird ganz allgemein darin gesehen, daß das eine Organ dem anderen gehorsampflichtig ist. Sieht man näher zu, so gilt die Pflicht zu gehorchen nicht eigentlich der Person des „vorgesetzten" Organs, d. h. dem mit der Organfunktion betrauten Menschen, sondern der Norm, die zu setzen Funktion des vorgesetzten Organs ist. Die Pflicht zum „Gehorsam" ist nur die Pflicht zum Vollzuge einer Norm, zu einem durch die Norm bestimmten Verhalten. Löst man die Theorie vom Organ aus ihrer personifikativen Darstellung, dann ist als das einem anderen vorgesetzte, übergeordnete, in bezug auf ein anderes in diesem Sinne „höhere" Organ dasjenige anzusehen, das zur Setzung einer Norm befugt ist, die das andere Organ zu vollziehen (befolgen) hat. Das „höhere" oder vorgesetzte Organ ist das normsetzende, das „untergeordnete", „niedere" Organ das normvollziehende. Demgemäß stünde etwa das gesetzgebende Organ allen durch das Gesetz zu einem bestimmten Verhalten Verpflichteten ebenso als höheres oder vorgesetztes Organ im Verhältnis der Überordnung gegenüber, wie etwa der eine Beamte im Verhältnis zu dem ihm gegenüber zu Dienstbefehlen zuständigen Beamten subordiniert ist. Sicherlich zollt jener ebenso nur der von diesem gesetzten individuellen Norm und nicht dem Normsetzer Gehorsam, so wie der Untertan nur dem Gesetz, nicht aber der Person des Gesetzgebers gehorsampflichtig ist. Der Sprachgebrauch freilich ist ein engerer. Er hat zunächst die Tendenz, das Subordinationsverhältnis auf „Organe" im spezifisch rechtsinhaltlichen Sinne zu beschränken. Das Verhältnis des nur als „Untertan" in Betracht kommenden Normvollziehers zu

dem Setzer der zu vollziehenden Norm ist man im allgemeinen nicht geneigt, als Subordinationsverhältnis, als ein Verhältnis zwischen „Vorgesetzten" und „Untergebenen" zu bezeichnen. Dann aber ist es nicht die Gehorsamspflicht des Organs gegenüber der Norm schlechthin, sondern die Gehorsamspflicht gegenüber der individuellen Norm des Dienstbefehles, die man das spezifische Subordinationsverhältnis zwischen Normsetzer und Normvollzieher konstituieren läßt. Man drückt dies so aus, daß man als „untergeordnet" jenes Organ bezeichnet, das der sogenannten Befehlsgewalt eines anderen Organs unterstellt ist. Daß zu der personifikativen Verschiebung von der Norm zur Person des Normsetzers gerade die individuelle Norm besondere Veranlassung bietet, ist leicht zu verstehen. Der Gedanke, daß man der unpersönlichen Norm, nicht der Person des Normsetzers Gehorsam schuldet, liegt bei der generellen Norm umso näher, je weiter diese dem Normvollzieher steht. Und dies ist insofern der Fall, als unmittelbare, aktuelle, konkrete Pflichten und Rechte dem Menschen nicht durch die generelle, sondern erst durch die individuelle Norm entstehen. Hinter der Norm tritt die Person des Normsetzers umso bedeutungsvoller hervor, wenn, wie bei der individuellen Norm, die Gehorsamspflicht als die Wirkung der Norm erscheint, deren Setzung unmittelbar wahrgenommen wird, und wenn es ein einfaches und nicht wie meist beim Gesetz ein zusammengesetztes Kollegialorgan ist, das die Norm setzt. Dabei ist von besonderer Wichtigkeit, daß an der Setzung der das Subordinationsverhältnis konstituierenden individuellen Norm der zu ihrer Vollziehung Verpflichtete in keiner Weise mitbeteiligt sein darf. In dem Gedanken der Subordination drückt sich eben das autokratische Prinzip aus. Darum fehlt z. B. bei der Unterwerfung unter die individuelle Norm eines Rechtsgeschäftes, dessen Tatbestand durch Willensäußerung des zu Verpflichtenden selbst gesetzt oder doch (zusammen mit der Willensäußerung eines anderen, sei es nur zu Berechtigenden, sei es auch zu Verpflichtenden) mitgesetzt wird, jeder Gedanke der Subordination. Daß aber nur der durch den Dienstbefehl verbundene Beamte, nicht aber der durch individuelle Norm verpflichtete Untertan als „Untergebener" bezeichnet wird, hängt wohl damit zusammen, daß mit dem Subordinationsverhältnis eine relativ konstante Beziehung, ein verhältnismäßig häufiges Aktuellwerden von Über- und Unterordnung gemeint ist, so wie sie bei dem den Dienstbefehlen ständig und berufsmäßig ausgesetzten Beamten vorliegt, nicht aber bei dem nur als „Untertan" in Betracht kommenden Normvollzieher, an den sich ein obrigkeitlicher Befehl nur gelegentlich richtet.

B. Subordination und Verantwortlichkeit.

Nicht wesentlich für die Begründung des Subordinationsverhältnisses zwischen Organen ist, daß der Untergebene dem Vorgesetzten verantwortlich ist. Der Ausdruck „jemandem verantwortlich sein" ist doppeldeutig. Mit der Instanz, der man verantwortlich ist, kann nämlich dasjenige Organ bezeichnet werden, das die Verantwortlichkeit dadurch geltend zu machen hat, daß es berufen ist, das Disziplinarverfahren in Bewegung zu setzen, das zur Bestrafung der Pflichtverletzung des verantwortlichen Organs führt; in diesem Sinne ist der Minister dem Parlament verantwortlich. Es kann aber auch damit die Instanz bezeichnet werden, die zur Entscheidung über die (Disziplinar-) Strafe berufen ist. In diesem Sinne ist der Minister etwa dem Staatsgerichtshof verantwortlich. So wie ein „höchstes" Organ, ein Organ, das keiner individuellen Norm gehorsampflichtig ist, darum nicht unverantwortlich sein muß, so muß der Untergebene nicht gerade dem Vorgesetzten verantwortlich sein. Vor allem muß — wie bereits aus anderem Zusammenhange hervorgeht — der Vorgesetzte nicht Disziplinarinstanz sein. Das Interesse an der Rechtmäßigkeit der Befehlsgebung und der Rechtssicherheit für den Untergebenen drängt dazu, die Disziplinarinstanz von der vorgesetzten auf eine unabhängige, womöglich gerichtsmäßig organisierte Behörde zu übertragen. Aber auch in diesem

Sinne muß der Untergebene dem Vorgesetzten nicht verantwortlich sein, daß dieser das Disziplinarverfahren in Bewegung zu setzen hat. Rechtspolitische Erwägungen werden wohl meist dem Vorgesetzten oder doch zumindest auch ihm diese Funktion übertragen lassen. Aber begriffsnotwendig ist es nicht. Das Subordinationsverhältnis besteht ausschließlich in der Unterwerfung unter die individuelle Norm des Dienstbefehles. Welches die besten Mittel sind, seine Realisierung zu garantieren, ist eine andere Frage. Nichtsdestoweniger wird in der Literatur das Vorgesetztenverhältnis mit dem Verantwortlichkeitsverhältnis häufig vermengt und als Vorgesetzter bezeichnet, wem man verantwortlich ist. Allerdings sind Unterordnung und Verantwortlichkeit in dem Sinne miteinander wesentlich verbunden, daß die Unterordnung des einen Organs unter das andere, d. i. aber die Gehorsamspflicht des einen gegen das andere, ohne Verantwortlichkeit des untergeordneten gehorsamspflichtigen Organs nicht möglich ist. Denn eine rechtliche Verpflichtung wird ja geradezu dadurch konstituiert, daß auf ein bestimmtes — als Ungehorsam qualifiziertes — Verhalten ein Zwangsakt als Unrechtsfolge gesetzt ist. Bezeichnet man diese Möglichkeit, bestraft oder exequiert zu werden, als Verantwortlichkeit, dann ist man nur insoweit rechtlich verpflichtet, als man verantwortlich ist. Die Unverantwortlichkeit des Monarchen bedeutet dann auch sein Nicht-Verpflichtet-Sein.

Organe, die zu keinem anderen Organ in einem Subordinationsverhältnis stehen und keinem anderen Organ verantwortlich sind, bezeichnet man mitunter als „unmittelbare" Organe; doch ist diese Terminologie nicht sehr treffend. Die Tatsache, daß Organe keinem anderen gehorsampflichtig sind, wird auch in Wesensverbindung damit gebracht, daß ihre Organstellung unmittelbar durch die Verfassung des Verbandes selbst gegeben ist, und des weiteren damit, daß das Dasein dieser Organe die Form des Verbandes konstituiere, ihr Wegfall den Staat entweder völlig desorganisieren oder von Grund aus umwälzen würde (Jellinek). Man bezeichnet auch solche Organe als „unmittelbare" Organe, obgleich man auch durch einen individuellen Kreationsakt berufene Organe in diesem Sinne als „unmittelbare" Organe gelten lassen will. Offenbar unterläuft bei dieser Begriffsbildung die Vermengung verschiedener Gesichtspunkte. Daß die Organstellung unmittelbar auf der Verfassung beruht, daß es also keines besonderen Kreationsaktes bedarf, ist durchaus vereinbar mit einem Subordinationsverhältnis; der Gedanke, daß gewisse Organe dem Staat lebensnotwendig sind, ist wieder ein ganz anderes Moment, das für die — später zu erörternde — Theorie bestimmend ist, es müsse notwendig ein **höchstes** Organ geben.

C. Subordination und Berufung.

Ein gewisser Zusammenhang wird häufig auch zwischen dem Subordinations- und dem Berufungsverhältnis gesehen. Es gehört jedoch nicht zum Wesen des Vorgesetzten, daß er den Untergebenen zu berufen und abzuberufen, also zu ernennen, zu wählen, abzusetzen, zu entlassen usw. befugt sein müsse. Das Staatsoberhaupt kann die Minister zu ernennen haben, ohne darum der Vorgesetzte der Minister zu sein, sowie das Parlament befugt sein kann, die Minister zu wählen und abzuberufen und darum doch nicht als Vorgesetzter der Minister gilt. Ein Verwaltungsorgan mit lokal beschränkter Kompetenz, z. B. ein Bezirks- oder Provinzhauptmann kann von einem lokalen Vertretungskörper — einem Bezirks- oder Provinzialparlament — gewählt und der Zentralregierung untergeben (aber einem Spezialgericht verantwortlich) sein. Sollte man in den Akten der Ernennung (Wahl), Absetzung (Abberufung) **Individual**normen erblicken, denen der zu Berufende oder Abzuberufende gehorsampflichtig ist, was freilich problematisch ist, so wäre die Beziehung — oder die Beziehungslosigkeit — zwischen Subordinations- und Berufungsverhältnis dahin zu formulieren, daß aus der Unterwerfung unter

den Berufungs- oder Abberufungsakt nicht folgt, daß der Berufene oder Abzuberufende auch anderen individuellen Normen (Dienstbefehlen) der zur Berufung zuständigen Behörde gehorsampflichtig ist. In Zusammenhang damit steht auch das folgende: Daraus, daß ein Organ das andere in und außer Tätigkeit setzen kann — so wie etwa das Staatsoberhaupt das Parlament zu seiner Tätigkeit einberufen und vertagen oder sogar auflösen kann — folgt durchaus nicht, daß das eine Organ ,,höher" ist als das andere. Es ist darum eine — durch politische Tendenzen verursachte — Inkonsequenz, wenn man aus den bezeichneten Gründen den Monarchen in der konstitutionellen Monarchie dem Parlament gegenüber als das ,,höhere" Organ bezeichnet, es dagegen ablehnen würde, etwa den Staatsanwalt (oder dessen Vorgesetzten, den Justizminister) dem Strafgerichte gegenüber so zu qualifizieren, obgleich dieses nur auf Antrag des Staatsanwaltes tätig sein kann, nur durch die Anklage des Staatsanwaltes in Tätigkeit versetzt wird und seine Tätigkeit sofort einstellen muß, sobald der Staatsanwalt von seiner Anklage zurücktritt. Zumal wenn man bedenkt, daß ja auch ,,Untertanen" in weitem Maße Macht über die Tätigkeit von ,,Organen" eingeräumt ist, indem von der Willensäußerung der ersteren die Funktion der letzteren abhängig gemacht ist.

D. Der Begriff des ,,höchsten" Organs (Staatsoberhaupt, Minister usw.).

Daß der Begriff des Subordinationsverhältnisses im üblichen Sprachgebrauche nur auf die Unterwerfung unter die Individualnorm abgestellt ist, das zeigt der Sinn, in dem die Staatstheorie von ,,höchsten" oder ,,obersten" Organen zu sprechen pflegt. Verstünde man darunter ein solches Organ, das überhaupt keinem anderen gehorsampflichtig ist, das hieße aber: überhaupt keine von einem anderen Organ gesetzte Norm, also überhaupt keine Norm zu vollziehen hat, so käme nur jener einzige Akt in Betracht, der lediglich als Setzung, nicht aber auch als Vollziehung einer Norm gelten kann: die Voraussetzung der Grundnorm nämlich, deren ,,Setzung", weil nur Voraussetzung aller Organfunktion, kein Organ im positivrechtlichen Sinne, d. h. durch Norm bestimmtes Organ zum ,,Träger" haben kann. Dieser den Gedanken eines ,,höchsten" Organs rein darstellende Grenz- und Idealfall scheidet von vornherein aus. Aber auch das unmittelbar unter der Grundnorm stehende, Verfassung (im positivrechtlichen Sinne) gebende Organ und auch das auf Grund der Verfassung fungierende Gesetzgebungsorgan wird nicht schlechthin als ,,höchstes" Organ in dem spezifischen Sinne bezeichnet. Sicherlich wird gelegentlich auch von diesem Gesetzgebungsorgan als von einem ,,höchsten" in dem Sinne eines nur zur Vollziehung der Verfassung berufenen Organs gesprochen. Aber die Theorie der konstitutionellen Monarchie hat es gern vermieden, von einem höchsten Organ gerade in diesem Sinne zu sprechen, um nicht dem Parlament neben dem Monarchen den gleichen Rang zuzuerkennen. Es sind vornehmlich ganz offenkundig unter diesem Gesetzgebungsorgan stehende, durch dessen generelle Normen gebundene, zur Vollziehung dieser Normen, zum Gehorsam gegen diese Normen verpflichtete Organe, die als ,,höchste" Organe — in einem spezifischen Sinne — bezeichnet werden. Konventioneller Weise versteht man darunter: das sogenannte Staatsoberhaupt, und zwar als Chef der Exekutive, die Minister, die obersten Gerichte. Sofern in diesem ja nicht sehr festen Sprachgebrauche ein einheitliches Kriterium zu finden ist, ist es dies: Organe, die keiner individuellen Norm unterstellt sind, also keinen ,,Vorgesetzten" über sich haben, selbst aber zur Setzung individueller Normen berufen, selbst ,,Vorgesetzte" sind.

Das gilt uneingeschränkt von dem sogenannten Staatsoberhaupt und den Ministern. Mit dem Namen des ,,Staatsoberhauptes" bezeichnet man ein Organ, dem eine Reihe ganz bestimmter Funktionen übertragen ist, so zwar, daß ein gewisses Minimum von Kompetenzen gegeben sein muß, damit von ,,Staatsoberhaupt"

die Rede sein kann. Diese Kompetenzen liegen vornehmlich auf dem Gebiete der Exekutive: Repräsentation des Staates nach außen, d. h. Befugnis zum Abschluß von Staatsverträgen, Setzung spezieller diplomatischer Akte, insbesondere Kriegserklärung; Ernennung der Beamten, Oberbefehl über das Heer, Recht der Begnadigung und Abolition. Teilnahme an der Gesetzgebung als ein dem Parlament gleichwertiger Faktor — Sanktions- oder Vetorecht — ist nicht unbedingt nötig. Auch der Präsident einer Republik, der die Gesetzesbeschlüsse nur zu beurkunden hat, ist — sofern ihm die anderen Funktionen zustehen — „Staatsoberhaupt". Doch kann auch von diesen anderen Kompetenzen die eine oder andere fehlen, so der Oberbefehl über das Heer oder die Kriegserklärung. Die Frage, ob ein bestimmtes Organ, das gewisse dieser Kompetenzen hat, noch als Staatsoberhaupt zu bezeichnen ist, kann zweifelhaft sein. Insbesondere kann auch ein anderes Organ — z. B. der Vorsitzende des Parlaments bzw. einer der beiden Kammern — mit allen oder einem Teil jener Funktionen betraut sein, die sonst ein besonderes Organ als Staatsoberhaupt versieht. Dessen Funktionen können auch auf mehrere Organe — z. B. den Ministerpräsidenten, einzelne Ressortminister und das Ministerkollegium — verteilt sein. Ein irgendwie dem Staate wesensnotwendiges Organ ist es nicht. Wenn republikanische Verfassungen es unter der Bezeichnung „Präsident der Republik", „Staatspräsident" u. ähnl. akzeptieren, so geschieht dies in mehr oder weniger bewußter Anlehnung an die monarchischen Verfassungen; insbesondere die konstitutionelle Monarchie. Die dem erblichen und auf Lebensdauer berufenen Monarchen nach Einführung der konstitutionellen Verfassung gelassene Kompetenz ist es im allgemeinen, die auf den nur für beschränkte Zeit gewählten Staatspräsidenten übertragen wird. Auch die — durch den Inhalt der Funktion und die Rechtsstellung keineswegs gerechtfertigte — Bezeichnung „Staatsoberhaupt" stammt aus dem Vorstellungskreise der Monarchie.

Das sogenannte Staatsoberhaupt ist in der konstitutionellen Monarchie wie in der Republik nicht *das* „höchste" Organ — wie es nach der Bezeichnung scheinen möchte — sondern *ein* „höchstes" Organ neben anderen. So neben den Ministern als den Chefs der Verwaltungsressorts, mit denen das Staatsoberhaupt gleichgeordnet und durch die Vorschrift der Kontrasignatur zu *einem* Organ verbunden ist. (Vgl. S. 281.) Wenn das sogenannte Staatsoberhaupt und insbesondere der konstitutionelle Monarch in der Terminologie der Verfassungen dennoch als *das* höchste Organ erscheint, wenn er selbst in der Sprache des positiven Rechtes so dargestellt wird, als ob die ganze staatliche Organisation in der Person des Staatsoberhauptes gipfelte, so geschieht dies aus dem Bedürfnis, die Einheit der staatlichen Ordnung in der sicht- und greifbaren Persönlichkeit eines einzigen Menschen *symbolisch* darzustellen. In demselben Maße, als die Rechtstheorie auf der Erkenntnis bestehen muß, daß man nur den Normen, nicht aber dem die Normen setzenden Menschen, unterworfen, d. h. gehorsampflichtig ist, in eben demselben Maße scheint die große Menge der Menschen, weil abstraktem Denken abgeneigt, eines sinnlich wahrnehmbaren Autoritätssymboles bedürftig. In dieser *Symbolfunktion* liegt mehr als in allen anderen die Bedeutung des Institutes eines Staatsoberhauptes, das diese seine Funktion gerade als *Monarch* um so wirksamer zu erfüllen vermag, als die äußeren Formen, in denen die monarchische Stellung traditionell zum Ausdruck kommt: Krone, Szepter, Thron, Zeremoniell usw. durchaus auf diese Symbolfunktion abzielen.

Der Begriff des *Ministers* bedeutet: höchstes, weil dem Dienstbefehl keines anderen Organs unterstelltes, anderen Organen aber vorgesetztes *Verwaltungs*organ. Dabei ist wesentlich, daß der Minister weder einer vom Staatsoberhaupt, noch vom Parlament gesetzten individuellen Norm (Dienstbefehl) gehorsampflichtig ist. Das erste ist in demselben Maße ausgeschlossen, als solcher Dienstbefehl des Staatsoberhauptes nur mit Gegenzeichnung des Ministers selbst ergehen kann,

also von ihm selbst ausgeht. Solch ein vom Minister selbst kontrasignierter, an sich selbst gerichteter Dienstbefehl ist mitunter in konstitutionellen Monarchien üblich, ist aber eine durch den Konstitutionalismus ihres ursprünglichen Sinnes entkleidete, aus der absoluten Monarchie übernommene Form. Ein ,,allerhöchstes“ Handschreiben des Monarchen an den Minister, in dem diesem irgendein Auftrag erteilt wird, ist in der absoluten Monarchie tatsächlich ein das Subordinationsverhältnis konstituierender Dienstbefehl. In der konstitutionellen Monarchie, wo dieses Handschreiben nur mit Gegenzeichnung des Ministers erlassen werden darf, kann es zwar auch einen den Minister verbindenden Dienstbefehl darstellen; aber es begründet kein Subordinationsverhältnis, weil der verpflichtete Minister an der Setzung dieser individuellen Norm selbst beteiligt ist. Dienstbefehle des Parlaments an den Minister — etwa in Form von Resolutionen — sind in der Regel rechtlich unverbindlich. Allein die politische Verantwortlichkeit des Ministers erstreckt sich auch auf sie und macht ihn — bei rechtlicher Unabhängigkeit — doch in hohem Maße in seiner ganzen Tätigkeit von dem Parlamente abhängig, das ihn zur Demission zwingen oder auch von Rechts wegen abberufen kann.

Auch die obersten — meist kollegial organisierten — Gerichte sind ,,höchste“ Organe in dem Sinne, daß sie keiner individuellen Norm (auf dem Gebiete der Rechtsprechung, Gerichtsbarkeit) gehorsampflichtig sind. Allerdings sind auch die anderen Gerichte in diesem Sinne ,,höchste“ Organe, als eben alle Gerichte unabhängig sind. Denn unter der Unabhängigkeit eines Organs — dieser den Gerichten spezifischen Eigenschaft — ist zu verstehen, daß diese Organe in ihrer Funktion nicht an den individuellen Dienstbefehl eines Vorgesetzten, sondern nur an die generelle Norm des Gesetzes und die Verordnung gebunden sind (das Recht der Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Verordnung ist eine andere Frage), ihrerseits aber befugt sind, individuelle Normen — im wesentlichen allerdings gegen Untertanen, nicht gegen Organe im engeren Sinne — zu setzen. Es besteht somit in der Rechtsstellung der Gerichte eine weitgehende Übereinstimmung mit der des Ministers. Aber es ist für die Stellung der Gerichte bezeichnend, daß die Rechtsordnung in der Regel besondere Garantien dafür enthält, daß die Unabhängigkeit nicht indirekt wieder aufgehoben oder beeinträchtigt wird. Durch die Bestimmung, daß ein Richter nicht gegen seinen Willen auf einen anderen Dienstort versetzt und nur auf Grund eines richterlichen Urteiles abgesetzt werden kann, soll auch jeder Möglichkeit einer indirekten Beeinflussung seiner richterlichen Tätigkeit durch andere Organe begegnet werden. Diese durch Unversetzbarkeit und Unabsetzbarkeit garantierte Unabhängigkeit ist die spezifisch richterliche und unterscheidet die Gerichte von den Verwaltungsbehörden, insbesondere auch von den obersten Verwaltungsbehörden, den Ministern. Wenn man demnach nicht alle Gerichte als ,,höchste“ Organe bezeichnet, sondern nur die obersten Gerichte, das heißt aber: die im Instanzenzug des gerichtlichen Verfahrens zur letzten Entscheidung berufenen Gerichte, so ist es wieder ein anderes Kriterium, das hier dem Sprachgebrauche zu Grunde liegt. Als ,,höchstes“ wird jenes Organ bezeichnet, dessen Akte nicht durch ein anderes Organ aufgehoben werden können, und zwar nur in dem relativen Sinne, daß es sich dabei um eine oberste, höchste, nämlich letzte Instanz handelt, deren Akte nicht etwa überhaupt nicht, sondern nur in einem instanzenmäßig gegliederten Verfahren von Organen gleicher Art nicht aufgehoben werden können. Daß ein Urteil des obersten Gerichtshofes durch ein rückwirkendes Gesetz aufgehoben werden kann, nimmt diesem Gerichtshof nicht den Charakter eines ,,obersten“. Auch die Akte eines Ministers können z. B. — kraft positivrechtlicher Bestimmung — durch das Urteil eines Verwaltungsgerichtshofes aufgehoben werden. Aber innerhalb des administrativen Instanzenzuges stellen sie doch — relativ — letztinstanzliche Akte dar. Weshalb man sie auch in diesem Sinne als — relativ — rechtskräftig und das Rechtsmittel, das erst nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges

ihre Aufhebung durch ein Verwaltungsgericht herbeizuführen vermag, als „außerordentliches" Rechtsmittel bezeichnet. Aus diesem Grunde gilt auch ein Verfassungsgericht, das zur Aufhebung — verfassungswidriger — Gesetze befugt ist, nicht als ein dem Gesetzgebungsorgan gegenüber „höheres" Organ; ebenso wenig, wie man ein solches Gericht, sofern es zur Aufhebung von Verordnungen berufen ist, als „über" der verordnenden Behörde stehend ansieht.

E. Notwendigkeit eines höchsten Organs.

In einem anderen als dem hier entwickelten Sinne taucht Begriff und Problem des „höchsten" Organs in der innerhalb der Staatslehre gestellten Frage auf: ob der Staat ein höchstes Organ, nämlich nur ein einziges Organ besitzen muß, das allein als „höchstes" bezeichnet werden dürfe. Diese Frage wird meist nur zu dem Zwecke — und daher schon in einem solchen Sinne — gestellt, um bejaht zu werden. Der Gedankengang ist etwa der: Weil der Staat seinem Wesen nach einen einheitlichen Willen haben müsse, ein einheitlicher Wille aber nur von einem Menschen erzeugt werden kann, darum müsse ein einziger Mensch wenn schon nicht das einzige, so doch das höchste Organ des Staates sein, indem alle anderen Organe seinem Willen untertan, nur Vollzieher seines Willens sein müssen. Die Einzigkeit des höchsten Organs bedeutet somit auch Einfachheit. Das höchste Organ muß nicht nur als solches einzig, es muß auch einfach, das heißt es darf nicht zusammengesetzt, insbesondere kein Kollegialorgan sein. Dabei handelt es sich offenkundig um den Versuch, eine Rechtswesenserkenntnis zu einer politischen Absicht, das Wesen des Staates zur Begründung eines bestimmten politischen Postulates zu mißbrauchen. Die Einheit des Staatswillens, von der diese Argumentation ausgeht, ist ein logisches, ein erkenntnistheoretisches Prinzip, das in der Einheit der hypothetischen Grundnorm, der Verfassung im rechtslogischen Sinne erfüllt wird. Aus der Einheit dieser Verfassung im rechtslogischen Sinne läßt sich aber gar nichts auf die Gestaltung der Verfassung im positivrechtlichen Sinne schließen. Wenn man üblicherweise als „Quelle" des Rechts oder Staatswillens, als die „Autorität", aus deren Wille das Recht fließt, personifizierend nicht die Norm, sondern den Normsetzer, nicht das Gesetz, sondern den Gesetzgeber ansieht, und demgemäß auch hinter der Grundnorm einen solchen „Gesetzgeber" vorstellt, dann könnte man dem Satze, daß der Staat notwendig ein einziges oberstes Organ haben müsse, immerhin einen gewissen Sinn abgewinnen. Und tatsächlich ist dies ja auch der richtige Kern, der in der fraglichen Theorie steckt. Nur ist es unzulässig, den rechtslogischen Sinn in einen positivrechtlichen umzudeuten. Denn der Einheit der Grundnorm geschieht durchaus kein Abbruch, wenn sie als — positivrechtlich — oberste Quelle des Rechtes oder Staatswillens nicht einen Menschen, sondern eine Mehrheit von solchen, etwa ein Kollegium bzw. den Majoritätsbeschluß eines Kollegiums, oder zwei relativ selbständige Organe einsetzt. Die nur in einem rechtslogischen Sinne gültige Einheit des Staatswillens bleibt vollends unberührt, wenn die positivrechtliche Verfassung nicht ein Organ, sondern mehrere Organe zur Gesetzgebung delegiert; nicht nur in dem Sinne, daß sie kein einfaches, sondern ein zusammengesetztes Organ, sondern auch indem sie nicht ein selbständiges, sondern mehrere relativ selbständige Organe beruft. Und das gleiche gilt für die von der Verfassung oder den Gesetzen zur weiteren Vollziehung berufenen Organe. Sind mehrere Organe berufen, so muß — soll Ordnung sein — das gegenseitige Verhältnis der von ihnen gesetzten Akte positivrechtlich geregelt sein. Ist ein einziges, aber zusammengesetztes Gesetzgebungsorgan, etwa ein Kollegium, berufen, so muß bestimmt sein, ob die Zustimmung aller Glieder oder nur eines Teiles notwendig ist, und letzteren Falles, wie groß dieser Teil sein muß. Ist die Gesetzgebung zwei von einander unabhängigen Organen übertragen, so muß die Kompetenz zwischen ihnen entweder in sachlicher oder in territori-

aler oder in zeitlicher Hinsicht aufgeteilt sein. Es ist möglich, neben einem politischen ein Wirtschaftsparlament oder mehrere Parlamente mit lokal getrenntem Geltungsbereich oder ein Zentralparlament und mehrere Lokalparlamente zu errichten. zwischen denen die Gegenstände der Gesetzgebung in der Weise aufgeteilt sind, daß gewisse Materien vom Zentralorgan mit Geltung für das ganze Gebiet, die anderen Materien von den Lokalorganen mit Geltung nur für je ein Teilgebiet des Staates normiert werden (Bundesstaat). Es ist schließlich auch möglich, zwei oder mehrere Organe mit der gleichen territorialen und sachlichen Kompetenz, aber mit verschiedener Geltungszeit zu berufen. So wenn etwa in der konstitutionellen Monarchie für die Zeit, da das Parlament nicht versammelt ist, der Monarch zur Erlassung aller generellen Normen befugt ist. Daß es bei einer Verteilung der Funktionen und insbesondere bei der Aufteilung derselben Funktion (Funktion gleicher Stufe) auf mehrere Organe positivrechtlich geboten ist, zugleich ein Organ einzusetzen, das Konflikte zwischen den anderen Organen entscheidet, ist eine andere Sache. Dieses zur Konfliktentscheidung berufene Organ als das „höchste" zu bezeichnen, dürfte aber wohl kaum dem Sprachgebrauch entsprechen.

Nicht eigentlich in diesen Zusammenhang gehört das Problem des Widerspruchs, der zwischen zwei Organakten ihrem subjektiven Sinn nach entstehen kann; so wenn etwa zwei generelle oder individuelle Normen einander in der Weise widersprechen, daß die eine a und die andere non-a als gesollt setzt. Diese Möglichkeit ergibt sich sicherlich ganz besonders aus der Tatsache des Nebeneinander mehrerer für dieselbe Funktion berufener Organe; aber auch die von einem und demselben Organ gesetzten Normen können einander in diesem Sinne widersprechen. Die Entscheidung des Konflikts nach dem Grundsatze der lex posterior ist nur eine der möglichen, und nur positivrechtlich begründbaren Lösungen und ist keinesfalls allgemeingültig. (Vgl. dazu S. 149.) Die rechtslogisch unverzichtbare Einheit des Staatswillens ist gewahrt, sobald die Funktion der einander widersprechenden Organe letzten Endes auf die Einheit der Grundnorm zurückführbar ist. Die Einheit des Staatswillens im Sinne möglichster Vermeidung von Widersprüchen zwischen dem subjektiven Sinne der einzelnen Tatbestände (Organfunktionen) ist eine rechtstechnische Aufgabe, die, wie jede solche Aufgabe, vollkommen wohl nicht erfüllt werden kann. Doch muß zugegeben werden, daß diesem Ziel relativ am nächsten jene Verfassung kommt, die nur ein „höchstes" Organ wenigstens in dem Sinne einsetzt, daß sie alle anderen den generellen und individuellen Normen dieses Organes unterstellt: die absolute Monarchie oder die absolute Demokratie. Doch ist es ebenso unmöglich, aus der Notwendigkeit der Einheit des Staatswillens im rechtslogischen Sinne auf die Notwendigkeit der absoluten Monarchie zu schließen, bei der nur ein einziger Mensch die Gesetze zu geben und zu vollziehen hat, indem alle anderen Organe auch seinem individuellen Befehl unterstellt sind; wie es ein Trugschluß ist, aus der gleichen Prämisse die absolute Demokratie als einzig mögliche Staatsform zu deduzieren, in der ausschließlich und allein das „Volk" als einheitliches (wenn auch zusammengesetztes) Organ die gesetzgebende Gewalt behauptet und auch zu individuellen Befehlen an alle anderen Organe befugt ist. Zu der einen oder anderen Theorie kommt man, je nachdem, ob man die „Einheit" des obersten Organs nicht nur als „Einzigkeit", sondern auch als „Einfachheit" mißdeutet oder nicht.

Es ist nur eine andere Darstellung desselben Gedankens von der Notwendigkeit eines höchsten Staatsorganes, wenn gelehrt wird, daß die gesamte Staatsgewalt notwendigerweise in einem Organ — Monarch oder Volk — konzentriert sein müsse, oder wenn behauptet wird, daß es notwendigerweise einen „Träger" der Staatsgewalt oder Souveränität geben müsse, dem als solchem die Stellung eines höchsten und sohin über allen anderen stehenden Organs zukomme. Die Personifikation der Einheit der staatlichen Ordnung — und nichts anderes kann der Gedanke eines „Trägers" der Staatsgewalt theoretisch bedeuten — wird hier in

üblicher Weise zu einem politischen Zwecke mißbraucht, indem man, was nur der Ausdruck für die Einheit der staatlichen Ordnung ist, erst hypostasiert, um dann das so gewonnene Ding mit einem bestimmten Organ, vor allem mit dem Monarchen zu identifizieren. Hat man aber den Monarchen als „Träger" der Staatsgewalt, dann schließt man aus dieser seiner Eigenschaft auf ein allgemeines Überordnungsverhältnis zu allen anderen Organen. Ein solches ohne, ja vielleicht sogar gegen die positive Rechtsordnung behaupten zu können, war ja das — vielleicht nicht immer ganz bewußte — Ziel dieser Argumentation. Die sich natürlich auch in den Dienst demokratischer Tendenzen stellt, und dann vom „souveränen" Volk dasselbe behauptet, was der entgegengesetzte Standpunkt für den als „Souverän" angesprochenen Monarchen in Anspruch nimmt.

Auch nur als politische Entgleisung ist die Theorie zu beurteilen, der Staat müsse ein höchstes Organ in dem Sinne haben, daß er eines Organs bedürfe, das den Staat in Tätigkeit setzt und erhält und die oberste Entscheidungsgewalt besitzt. In jedem Staate sei nämlich ein Organ notwendig, das den Anstoß zur gesamten staatlichen Tätigkeit gibt, dessen Untätigkeit die Lähmung des Staates nach sich ziehen würde (Jellinek). Allein solches kann — wenn man von der absoluten Monarchie oder Demokratie absieht — kaum irgendwo von einem einzigen Organ allein ausgesagt werden. Wenn in der konstitutionellen Monarchie der Monarch seine Funktion einstellt, so bedeutet das nicht minder eine „Lähmung" des Staates, als wenn dies die Minister oder das Parlament oder das „Volk" tun; letzteres, wenn es aufhört, die Staatsordnung zu vollziehen oder auch nur das Parlament zu wählen sich weigert. Dieses setzt den Staat ebenso in Bewegung wie der Monarch, wenn er das Parlament einberuft oder Gesetzesbeschlüsse sanktioniert oder Beamten ernennt. Ebenso unrichtig ist, daß einem Organ die „oberste" Entscheidungsgewalt zustehen müsse; zumal wenn man darunter versteht, daß ein Organ endgültig über Änderung der Rechtsordnung zu entscheiden und nach außen das Recht der Kriegserklärung haben müsse, wodurch es die Existenz des Staates aufs Spiel setzen könne. Denn erstlich muß die „endgültige" Entscheidung über eine Änderung der Rechtsordnung nicht gerade einem Organ zustehen. Wenn der Monarch das Recht des absoluten Veto oder auch wenn er das Sanktionsrecht hat, hat weder er noch das Parlament die „endgültige" Entscheidung, sondern bestenfalls beide. Im übrigen ist mit der obersten Entscheidungsgewalt in diesem Sinne nichts anderes gesagt als die Gesetzgebungskompetenz. Daß die Rechtsordnung auch in den anderen Stufen Änderungen unterworfen ist, wird offenbar ignoriert. Was aber das Recht der Kriegserklärung betrifft, so muß solches — begriffsnotwendig — überhaupt nicht irgendeinem Organ übertragen sein. Denn der Krieg ist kein wesensnotwendiger Gehalt der Rechtsordnung. Eine ganz andere Frage ist, ob es wahrscheinlich ist, daß sich Krieg zwischen Staaten jemals wird vermeiden lassen und daher eine staatliche Ordnung jemals eine Regelung der Kriegserklärung wird klugerweise unterlassen können. Allerdings tendiert eine gewisse Theorie deutlich dahin, das Wesen des Staates gerade im Krieg zu sehen. Sofern der Krieg über die „Existenz" des Staates entscheidet, so kann dies nur in einem faktischen Sinne gemeint sein. In diesem Sinne aber entscheidet ebenso Revolution über die Existenz eines Staates, und sohin wäre auch der Träger oder Urheber der Revolution „höchstes" Organ des Staates. Im übrigen muß die endgültige Entscheidung über die Änderung der Rechtsordnung und die Kompetenz zur Kriegserklärung gar nicht einem und demselben Organ, insbesondere aber auch nicht dem Organ zustehen, das „den Staat in Tätigkeit setzt und erhält". Dann gäbe es aber nicht ein, sondern eine Vielheit „höchster" Organe; was offenbar nicht im Sinne dieser Theorie gelegen ist. Sie entspringt der offenkundigen Absicht, den Monarchen, der nach der Verfassung der konstitutionellen Monarchie das Parlament einberuft, Minister und Beamte ernennt, das Sanktionsrecht und das Recht der Kriegserklärung hat, also im

großen und ganzen jene Funktionen behauptet, die irrigerweise als „In-Tätigkeit-Setzen" des Staates und „oberste Gewalt" charakterisiert werden, als „höchstes" Organ erscheinen zu lassen.

§ 43. Das Repräsentativorgan. (Primäre und sekundäre Staatsorgane.)

A. Repräsentation und Organschaft.

Als eine theoretisch sehr bedeutsame Unterscheidung der Organe wird auch jene zwischen primären und sekundären Organen vorgetragen. Als sekundäre Organe werden bezeichnet, die zu einem anderen Organ selbst in einem Organverhältnis stehen, so daß sie — wie man erläuternd hinzufügt — dieses Organ unmittelbar repräsentieren; mittelbar aber — wie jedes Organ — den Staat. Von besonderer Bedeutsamkeit wird der Begriff des sekundären Organs dadurch, daß die sogenannten Repräsentativorgane, zu denen man die modernen Parlamente zählt, als sekundäre Organe aufgefaßt werden, so daß die ganze juristische Theorie des Parlaments, ja das ganze Problem der Repräsentation unter dem Gesichtspunkt des sekundären Organs dargestellt wird. Die Bedeutung dieser Frage erhellt schon daraus, daß der moderne Staat geradezu als „Repräsentativstaat" charakterisiert wird.

Fragt man nach dem Verhältnis von sekundärer Organschaft und Repräsentation, so muß zunächst festgestellt werden, daß Repräsentation in einem weiteren Sinne nicht gerade ein Fall sekundärer Organschaft, sondern Organschaft schlechthin ist. Das Wesen des Organs ist, daß es den Staat „repräsentiert", und zwar durchaus so, wie von „Repräsentation" im engeren Sinne gesprochen wird: Der Wille des Organs „gilt" als der des „repräsentierten" Staates. Aus dem Wesen der Repräsentation im engeren Sinne einer sekundären Organschaft wird deduziert, daß der Repräsentierte gar keinen Willen äußern könne außer durch sein — nämlich das sekundäre — Organ. Gerade das trifft aber auf das Verhältnis des Staates zu jedem seiner Organe — und, wie sich zeigen wird, in voller Strenge nur auf dieses Verhältnis, nicht eigentlich auf das Verhältnis zwischen dem sogenannten primären und dem sekundären Organ — zu. Denn der „Wille" des Staates ist ja nur der Wille des Organs, ist nur die besondere Deutung des Organwillens, richtiger eines vom Organ gesetzten Tatbestandes. Im Verhältnis zwischen Staat und Organ — das das Verhältnis der Organschaft überhaupt ist — bedeutet, daß der Staat einen Willen nur durch seine Organe (als seine Repräsentanten) äußern kann, daß es neben dem Willensakt des Organs keinen Tatbestand gibt, der als Wille des Staates gedeutet werden könnte. Allein gerade im Verhältnis der sekundären Organschaft, dem Verhältnis der Repräsentation im engeren Sinne, das ein Verhältnis zwischen zwei Organen und daher zwischen zwei Tatbeständen ist, liegt die Sache anders; was aus dem folgenden noch deutlicher werden wird.

Wenn das Verhältnis des Volkes zu dem von ihm gewählten Parlamente, das ist die Repräsentation im engeren Sinne, darin bestehen soll, daß das repräsentierende Organ, das Parlament, Organ eines Organs, des repräsentierten Volkes, ist, so bedeutet dies, daß die im Begriff des Organs gelegene Zurechnung, sofern sie den Tatbestand der sekundären Organfunktion ergreift, nicht direkt zum Staat als der Einheit der Rechtsordnung, sondern nur indirekt, nämlich über den Tatbestand der primären Organfunktion, gleichsam auf einem Umweg über das primäre Organ geführt wird. Ist dies aber der Fall, soll der Tatbestand der sekundären Organfunktion zunächst einem anderen Organ, dem primären, zugerechnet werden, so muß hiefür ein besonderer Grund gegeben sein. Die Frage muß gestellt werden: Welches ist der Grund dafür, daß der Wille des einen Organs als derjenige eines anderen Organs „gilt"? Da die Zurechnung, die sich aus dem Rechtswesensbegriffe des Organs ergibt, nur die Beziehung auf die Einheit der Rechtsordnung darstellt,

nur eine Zurechnung zum Staate ist, muß das gesuchte Kriterium für die Zurechnung zu einem Organ, für die Repräsentation somit, ein positivrechtliches sein. Mit anderen Worten: Das Verhältnis des Organs zum Staate ist eine Rechtswesensbeziehung, das Verhältnis eines Organs zu einem anderen kann nur ein positivrechtliches, d. h. rechtsinhaltliches Verhältnis sein. Wenn in diesem Verhältnis der Wille des einen Organs als derjenige des anderen zu „gelten" hat, so muß dies eine andere Bedeutung haben als in dem Rechtswesensverhältnis der Organschaft. Was bedeutet nun, daß positivrechtlich der Wille des einen als Wille des anderen zu gelten habe?

B. Die Stellvertretung.

Die in Frage stehende Rechtsfigur findet sich schon im Zivilrecht. Es ist das Institut der Stellvertretung. Kraft positivrechtlicher Bestimmung „gilt" hier der Wille des Vertreters (B) als derjenige des Vertretenen (A). Das bedeutet aber nichts anderes als: Wenn B einen Tatbestand x setzt, so soll dies dieselbe Folge y haben, wie wenn A diesen Tatbestand gesetzt hätte. Wenn z. B. — um einen Fall der sogenannten gesetzlichen Stellvertretung heranzuziehen — der Vormund als solcher eine Leistungsverpflichtung mit Vertrag eingeht, so hat die Nichterfüllung Exekution in das Vermögen des Mündels zur Folge. Wenn dieser Zusammenhang in der Weise dargestellt wird, daß der Wille des Vormundes — im Rahmen dieses Mündelverhältnisses — als Wille des Mündels zu gelten habe, so ist das nur eine Abbreviatur. Man geht von der allgemeinen Rechtsregel aus: Wenn jemand durch seine Willensäußerung eine Vertragsverpflichtung eingeht — und daß es die „eigene" freie Willensäußerung sein muß, ist ja wesentlich für den Vertragsrechtssatz — so soll bei Nichterfüllung Exekution in sein — das ist des den Vertragstatbestand durch seine Willensäußerung Setzenden — Vermögen erfolgen. Die Formel dieser Regel lautet in den oben verwendeten konventionellen Zeichen: Wenn A den Tatbestand x setzt, soll die Folge y eintreten; wobei der Tatbestand y sich seinem Inhalt nach gegen A richtet. Nun gibt es aber Ausnahmen von dieser Regel. Es gibt Fälle, in denen die Willensäußerung eines anderen dieselbe Rechtsfolge hat wie die eigene. Es ist für die Darstellung einfacher, diesen Ausnahmefall nicht als selbständige Regel zu formulieren und insbesondere die Folgen ausdrücklich auszusprechen. Man sagt: Wenn B den Tatbestand x setzt, so treten dieselben Folgen ein, wie wenn A diesen Tatbestand setzt. Man verweist für den Fall, daß B den Tatbestand x setzt, hinsichtlich der Folgen auf den Fall, daß A den Tatbestand x setzt, weil man die Regel des zweiten Falles als Einschränkung der Regel des ersten, weil man die erste als Grund- und Hauptregel ansieht. Du fragst nach den Folgen, die eintreten, wenn B den Tatbestand x setzt? Es sind dieselben, wie wenn A diesen Tatbestand setzt, als ob A den Tatbestand gesetzt hätte. Diese abbreviierende Verweisung steckt also hinter der eine Fiktion aufstellenden Darstellung: die Willensäußerung des B „gilt" als jene des A, der Wille des B „gilt" als Wille des A. Eine Fiktion liegt in dieser Darstellung darum, weil der Wille des B positivrechtlich durchaus nicht als Wille des A „gilt". Er gilt nur als Wille des B, denn nur als solcher hat er die spezifische Rechtswirkung. Nur die Willensäußerung des von der Rechtsordnung ganz genau bestimmten B hat die Rechtsfolge y. Es ist somit nur eine sprachliche Fiktion, die vorliegt. Denn der positivrechtliche Zusammenhang der Tatbestände läßt sich — wenn auch etwas umständlicher — ohne jedes „Als ob" darstellen.

Das Urteil: B vertritt den A, ist Stellvertreter des A, bedeutet somit zunächst nichts anderes als: daß ein von B gesetzter Tatbestand x unter bestimmten Bedingungen ausnahmsweise dieselben Folgen hat wie ein von A gesetzter. Bei der gesetzlichen Stellvertretung kann die Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß man nur durch ein selbst gesetztes, bzw. selbst mitgesetztes Rechtsgeschäft berechtigt

bzw. verpflichtet wird, so weit gehen, daß eine bestimmte Kategorie von Menschen — Kinder, Geisteskranke — ausschließlich nur durch ihre gesetzlichen Vertreter, d. h. durch andere, von der Rechtsordnung hiezu bestimmte Menschen berechtigt und verpflichtet werden. Man sagt dann: jene hätten „keinen Willen“ oder könnten einen „Willen“ nur durch ihre Vertreter äußern. Dies bedeutet jedoch nichts anderes als: die Willensäußerung dieser Menschen hat — ausnahmsweise — keine rechtliche Wirkung, ist nicht imstande, den Tatbestand eines Rechtsgeschäftes (der hier allein in Betracht kommt) zu setzen.

Daß der Wille des B, das ist des Stellvertreters, als der Wille des A, das ist des Stellvertretenen, gilt, hat im Falle, daß die Stellvertretung nicht gesetzmäßig d. h. nicht schon durch das Gesetz zwingend vorgeschrieben ist, sondern erst durch Rechtsgeschäft und zwar freien Vertrag begründet werden muß, noch einen weiteren Grund. In dem Rechtsgeschäft, durch das der A den B zu seinem Stellvertreter bestellt, werden die Rechtsakte bestimmt, zu deren Setzung der B bevollmächtigt ist. Der B kann somit den A nur soweit vertreten, als die ihm von A erteilte Vollmacht reicht. B kann rechtlich nur wollen, was A will. Daß A sich des B als seines Vertreters bedient, hat seinen subjektiven Grund darin, daß die von A gewünschte Rechtswirkung nur durch eine Willensäußerung (Tatbestand) herbeigeführt werden kann, die A selbst — etwa wegen der Zeit und des Ortes, an dem sie gesetzt werden muß — faktisch nicht setzen kann. Darum ist B hinsichtlich der Akte, die er als Vertreter zu setzen hat, an den Willen des A, als des Vertretenen, gebunden. Darum heißt ja auch das die Stellvertretung begründende Rechtsgeschäft Mandat. Wenn der Wille des Mandatars als der des Mandanten „gilt“, d. h. wenn im Falle eines zwischen A und B abgeschlossenen Mandatsvertrages ein innerhalb dieses Vertrages von B gesetzter Tatbestand x dieselbe Rechtsfolge y hat, die eintreten würde, wenn A selbst diesen Tatbestand gesetzt hätte, so hat dies positivrechtlich seinen Grund auch darin, daß B nur solche Tatbestände setzen kann, zu denen er von A bevollmächtigt, daß heißt aber beauftragt ist. In diesem Falle kann davon keine Rede sein, daß der Vertretene „keinen Willen“ habe oder seinen Willen nur durch den Vertreter äußern könne. Denn ganz abgesehen davon, daß A außerhalb des Vertretungsverhältnisses unmittelbar rechtsgeschäftliche Akte setzen kann, muß er ja durch seine eigene Willensäußerung das Vertretungsverhältnis überhaupt erst begründen, den Stellvertreter bestellen, das Mandat, die Vollmacht erteilen. (Daß dazu auch die Zustimmung des zu bevollmächtigenden Mandatars, des Stellvertreters, gehört, kommt hier weiter nicht in Betracht.) Dann muß er aber auch dem Mandatar sein Verhalten vorschreiben, muß ihm sozusagen Instruktionen geben, muß bestimmen, welche Akte er von ihm gesetzt haben will. Es genügt nicht, wenn A seinen Willen nur dahin äußert, daß er überhaupt vertreten sein wolle, sondern er muß auch einen Willen dahin äußern, wie er vertreten sein will: daß diese beiden Akte in dem einen das Stellvertretungsverhältnis begründenden Rechtsgeschäft vereinigt sein können, ist nicht von Belang.

C. Die Fiktion der Repräsentation des Volkes durch das Parlament.

Wenn die Frage nach der Berechtigung des Urteils, daß der Wille des Parlamentes, eines sekundären und zwar repräsentativen Organes, als der Wille des durch das Parlament repräsentierten Volkes zu gelten habe, auf Grund der eben durchgeführten Analyse des — angeblich nur — zivilrechtlichen Stellvertretungsverhältnisses untersucht werden soll, so geschieht dies nicht nur deshalb, weil in beiden Fällen davon die Rede ist, daß der Wille des einen Subjektes als der eines anderen zu gelten habe, sondern auch darum, weil das Verhältnis der sogenannten Repräsentation, das Verhältnis zwischen dem Volk und dem als Volks„vertretung“,

als „Vertretungs“-Körper bezeichneten Parlament offenbar nach Analogie des zivilrechtlichen Stellvertretungsverhältnisses dargestellt wird; wie sehr man auch den Unterschied zwischen Organschaft im allgemeinen, sekundärer Organschaft, d. h. Repräsentation im besonderen auf der einen Seite und Stellvertretung auf der anderen Seite behaupten mag. Soweit dieser Unterschied auf die Differenz zwischen öffentlichem und privatem Recht zurückgeführt wird, steht er von vornherein auf unsicherem Grunde. Die Rechtsfigur der Stellvertretung, so wie sie hier ohne Zuhilfenahme irgendeiner Fiktion in ihren nackten Tatbestandsbeziehungen dargestellt wurde, ist ihrem Wesen nach keineswegs von vornherein auf das Zivilrecht beschränkt, oder ist zumindest einer Verallgemeinerung fähig. Im übrigen soll hier durchaus nicht Stellvertretung und Organschaft schlechthin identifiziert werden. Organschaft im Rechtswesenssinne ist schon darum nicht Stellvertretung, weil letztere als eine rechtsinhaltliche Relation die Beziehung zwischen Tatbeständen, bzw. diese Tatbestände setzenden Menschen ist, während Organschaft die Beziehung eines Tatbestandes auf die das System aller Tatbestände konstituierende Ordnung ist. Es bedeutet eine radikal mißverständliche Anwendung des Stellvertretungsgedankens auf das Verhältnis des Staates zu seinen Organen, wenn man jenen als eine Art Mensch betrachtet, der — wie Kinder und Geisteskranke — selbst keinen „Willen“ hat, sondern nur durch seine Organe — als seine gesetzlichen „Stellvertreter“ — „wollen“ kann; denn der Wille des „Staates“ ist etwas wesentlich anderes als der im Tatbestand geäußerte Wille des Menschen. Und der gesetzlich vertretene Geisteskranke hat faktisch einen solchen Willen, nur daß dessen Äußerungen kraft positiven Rechtes keine rechtsgeschäftliche Wirkung haben. Nur die Hypostasierung der die Einheit der Rechtsordnung ausdrückenden Personifikation konnte zu solch grotesker Entgleisung führen. In dem Verhältnis der sogenannten sekundären Organschaft, der Repräsentation, wird aber ganz so wie bei der Stellvertretung eine Relation zwischen Menschen bzw. von diesen gesetzten Tatbeständen behauptet. Wenn man sagt: das Organ repräsentiert den Staat, so hat das einen ganz anderen Sinn als die Behauptung: das Parlament repräsentiert das Volk, der Wille des Parlaments gilt als der Wille des Volkes, das Volk kann seinen Willen nur durch das Parlament äußern. Wenn diese Behauptung gerechtfertigt, d. h. aber positivrechtlich begründet und keine Fiktion, d. h. keine in Widerspruch zur Rechtswirklichkeit, als dem positiven Recht, stehende Behauptung sein soll, dann müssen jene Kriterien gegeben sein, die auch bei der Stellvertretung das Urteil begründeten, daß der Wille des Stellvertreters als Wille des Vertretenen zu „gelten“ habe.

1. Die Fiktion der Volkssouveränität. Dies wäre der Fall, wenn eine positive Rechtsregel bestünde, die im allgemeinen den Beschlüssen des „Volkes“ die Wirkung von Gesetzen gibt; ausnahmsweise aber das Parlament Beschlüsse mit solcher Wirkung fassen könnte, als ob sie vom Volk selbst gesetzt worden wären. Das ist ja nach manchen Verfassungen unmittelbarer Demokratien der Fall. Die Gesetzgebung ist grundsätzlich der Volksversammlung übertragen. Ausnahmsweise, wenn diese nicht tagen kann, ist ein von ihr gewähltes Kollegium mit der Gesetzgebung betraut. Von dessen Beschlüssen kann man in demselben Sinne sagen, daß sie als solche des Volkes (richtiger: der Volksversammlung) gelten können, so wie der Wille des Vormundes als Wille des Mündels gilt. Man spricht demnach auch ganz zutreffend von einer „stellvertretenden“ Gesetzgebung. Und das stellvertretende Kollegium kann demnach auch in diesem Sinne als Organ des Volkes bzw. der Volksversammlung bezeichnet werden. In den Verfassungen der „repräsentativen“ Demokratien ist aber das Volk von der Gesetzgebung grundsätzlich ausgeschlossen, die Gesetzgebung dem vom Volke gewählten Parlamente ausschließlich übertragen. Hier gibt es eine positivrechtliche Regel, die das Volk zur Gesetzgebung beruft, und der gegenüber die Gesetzgebungskompetenz des Parlaments nur eine einschränkende Ausnahme ist, nicht. Wenn gerade hier die Theorie behauptet, daß das

Parlament ein sekundäres Organ des Volkes sei, der Wille des Parlaments nur als Wille des Volkes zu gelten habe, so wird dabei zwar keine positivrechtliche Regel, wohl aber ein politisches Dogma vorausgesetzt: das Dogma der Volkssouveränität, nach dem „eigentlich" nur das Volk die gesetzgebende Gewalt hat, so daß die positivrechtliche Übertragung der Gesetzgebungskompetenz auf das Parlament nur als eine Einschränkung dieses als Grund- und Hauptregel vorausgesetzten Dogmas angenommen wird. Gerade darum ist diese Darstellung eine echte Fiktion, weil sie mit ihrer Voraussetzung eines nur politischen Dogmas in der Behandlung des positiven Rechts zu diesem, zur Rechtswirklichkeit, in Widerspruch gerät. Und gerade darin, daß sich diese Voraussetzung des politischen Dogmas von der Volkssouveränität als die Grundlage des das sogenannte Repräsentationsverhältnis konstituierenden Urteils erweist, der Wille des Parlaments habe als Wille des Volkes zu gelten, zeigt sich, daß im Gedanken dieser Repräsentation nur der Gedanke der Stellvertretung auftritt.

2. Das „freie Mandat". Das Parlament könnte aber ohne jede Fiktion auch dann als Organ des Volkes, sein Wille als der des Volkes bezeichnet werden, wenn das Parlament kraft positiven Rechtes der Mandatar des Volkes, d. h. der in seinen Beschlüssen sich äußernde Wille kraft positiven Rechtes durch den — irgendwie sich äußernden — Willen des Volkes gebunden wäre. Auch solches Verhältnis ist möglich, und die ständische Verfassung hat die Stände tatsächlich in solche Abhängigkeit von ihren Wählergruppen gesetzt. Sie waren bekanntlich an die Instruktionen ihrer Wähler gebunden und konnten — bei instruktionswidrigem Verhalten — von ihren Wählern abberufen werden. Daß dieser Gedanke eines Mandates die Vorstellung von dem Verhältnis zwischen Parlament und Volk noch heute wesentlich beherrscht, zeigt die Tatsache, daß die Mitgliedschaft im Parlament, das Rechtsverhältnis der ins Parlament gewählten Abgeordneten noch heute geradezu als „Mandat" bezeichnet wird. Indem die modernen Verfassungen aber ausdrücklich jede Bindung des Abgeordneten an eine Instruktion von seiten der Wähler ausschließen, indem sie die Beschlüsse des Parlaments rechtlich unabhängig machen von dem Willen des Volkes, wird der Behauptung, der Wille des Parlaments habe als Wille des Volkes zu gelten, jede positivrechtliche Grundlage entzogen, wird diese Behauptung zur Fiktion, weil sie — im Widerspruch zum positiven Recht — an dem auch aus dem Dogma der Volkssouveränität fließenden Grundsatz festhält, daß das Parlament nur den Willen des Volkes auszuführen habe. Ein besonders charakteristisches Symptom für die Technik dieser Fiktion ist die Tatsache, daß man die Aufhebung des — in der ständischen Verfassung statuierten — Abhängigkeitsverhältnisses zwischen dem „Volk" und dem Parlament als die Einführung des „freien Mandates" — im Gegensatz zum „gebundenen Mandat" der ständischen Verfassung — bezeichnet. In dieser contradictio in adjecto — der Begriff des „Mandates" drückt ja gerade die Gebundenheit aus! — manifestiert sich aufs deutlichste die Tendenz, wenigstens in der Terminologie an dem Gegenteil dessen festzuhalten, was der Sache nach rechtens ist.

D. Der politische Zweck der Fiktion.

Rechtspolitisch ist die Unabhängigkeit des Parlaments vom Volk durch mannigfache Gründe zu rechtfertigen, die im wesentlichen auf die sozialtechnischen Vorteile der Arbeitsteilung hinauslaufen. Nur daß eben das Prinzip fortschreitender Arbeitsteilung mit dem demokratischen Prinzip in Widerspruch steht, das sich im Dogma von der Volkssouveränität ausdrückt. Merkwürdig ist, daß in demselben Maße als, dem Prinzip der Arbeitsteilung folgend, das Parlament als Gesetzgebungsorgan vom Volke — richtiger von seinem Kreationsorgan, das niemals das ganze „Volk", sondern stets nur ein mehr oder weniger weiter Kreis von Wahlberechtigten ist — rechtlich unabhängig wird, die Theorie des Parlamentes an der das

Dogma von der Volkssouveränität behauptenden Fiktion der Repräsentation des Volkes durch das Parlament festhält, sich gelegentlich gar zu der Behauptung versteigt, daß das Parlament geradezu das Volk sei, daß im Parlament das Volk anwesend sei. (Wodurch sich die Repräsentations- zur Identitätsfiktion steigert). Offenbar dient diese Theorie einem politischen Zweck. Indem sie die positive Rechtslage verschleiert, will sie diejenigen, die durch die Verfassung von der Gesetzgebung ausgeschlossen sind, glauben machen, daß sie, wenn auch nur vom Parlament repräsentiert, doch den Willen des Staates bestimmen. Und in demselben Maße, als ihr dies gelingt, begründet sie die Machtstellung des Parlamentes: Dieses legitimiert sich durch eben jenes Dogma der Volkssouveränität, das es durch seine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zurückdrängt. Die Loslösung des Parlamentes vom Willen des Volkes wird durch die Argumentation gedeckt: jeder Abgeordnete repräsentiert das ganze Volk. Daraus schließt man aber: er hat keine Instruktionen von einzelnen Wählergruppen zu empfangen. Das ganze Volk aber ist stumm.

Setzt man die — der Verfassung repräsentativer Demokratien gegenüber als Fiktion enthüllte — These voraus, daß die gesetzgebende Gewalt grundsätzlich beim Volke, das Parlament dem Volke untergeordnet ist, indem es den Willen des Volkes auszuführen habe, dann kann man behaupten, daß das Volk seinen Willen nur im Parlament zu äußern imstande sei, unmittelbare Willensäußerungen aber nur vornehmen könne, soweit sie ihm besonders vorbehalten sind. Als solche Willensäußerung gilt die Wahl des Parlamentes. Darin wird das Wesen des primären Organs erblickt, als welches ja das Volk dem Parlament gegenüber in Betracht kommt. Indes kann jedes Organ, nicht nur das primäre, Willensäußerungen nur setzen, soweit es dazu ausdrücklich ermächtigt ist. Die Tatsache aber, daß das „Volk“ das Parlament zu wählen hat, reicht nicht aus, um das Urteil zu begründen, daß der Wille des Parlaments als Wille des Volkes zu gelten habe, das Parlament Organ des Volkes, sohin sekundäres Organ, weil Organ eines anderen Organs sei. Es liegt hier die bereits früher zurückgewiesene Vermengung des Berufungs- mit dem Subordinationsverhältnis vor. Daraus, daß das Volk das Parlament beruft, folgt nicht, daß das Parlament den Willen des Volkes zu vollziehen hat, zumal wenn das Volk gar keinen anderen Willen äußern kann als denjenigen, der in der Wahl des Parlamentes zum Ausdruck kommt. Das Wesen der „repräsentativen“ Demokratie besteht ja — im Widerspruch zu dieser ihrer Bezeichnung — gerade darin, daß nicht das Volk, sondern das Parlament zur Gesetzgebung berufen und in dieser seiner Funktion vom Volk unabhängig ist. Das Volk — richtiger: die zur Setzung eines selbständigen Wahlaktes organisierten Wahlkörper — sind lediglich Kreationsorgane. Sollte vielleicht jedes kreierte Organ das Kreationsorgan „repräsentieren“? Kann aber vom „Volk“ dem Parlamente gegenüber irgend eine andere als die Kreationsfunktion ausgesagt werden? Die Behauptung eines spezifischen Repräsentationsverhältnisses zwischen dem auf die Wahl des Parlamentes beschränkten Volk und dem Parlament ist somit eine nackte Fiktion; sofern das Repräsentationsverhältnis ein Rechtsverhältnis, der Begriff des sekundären oder repräsentativen Organs ein Rechtsbegriff sein soll. Denn es soll durchaus nicht geleugnet werden, daß die Wahl des Abgeordneten faktisch, wenn auch nicht rechtlich, eine gewisse Abhängigkeit von den Wählern, genauer: von derjenigen Wählergruppe mit sich bringt, die für die Wahl und daher für eine eventuelle Wiederwahl von Entscheidung ist. Zumal bei parteimäßiger Organisation der Wählerschaft. Allein diese Art der faktischen Abhängigkeit ist durchaus keine Besonderheit bei der Wahl des Parlaments durch das Volk; sondern stets ist mehr oder weniger bei jeder Berufung eines Organs die Möglichkeit einer faktischen Abhängigkeit des berufenen von dem berufenden Organ gegeben. Das ist bei der Ernennung der Minister durch das Staatsoberhaupt vielleicht in einem noch viel höheren Maße der Fall als bei der Wahl des Parlamentes durch das Volk. Dies war jedoch kein Anlaß, die Beziehung

zwischen dem Staatsoberhaupt und den von ihm ernannten Ministern als Repräsentationsverhältnis zu charakterisieren. Denn hier war kein Anlaß, die Fiktion der Volkssouveränität aufrechtzuerhalten, die ja der ausschließliche Grund der Repräsentationstheorie ist. Sie ist es auch, die zu der — angeblich juristischen — Deutung führt, nach der die ursprünglich unbeschränkte Gesetzgebungsgewalt des Volkes zwar auf die Parlamentswahl eingeschränkt sei, sich in dieser Wahl äußere, grundsätzlich oder der „Substanz" nach aber beim Volke verbleibe; oder zu der Deutung, nach der das Volk in der Wahl des Parlamentes auf dieses seine Macht übertrage. Der fiktive Charakter solcher Konstruktionen wird besonders deutlich, wenn sie zur Darstellung von Verfassungen verwendet werden, nach denen auch historisch dem Volk niemals eine gesetzgebende Gewalt oder sonst eine „Macht" zustand, und die Wahl des Parlamentes überhaupt die erste politische Lebensäußerung des vordem nur eine Masse von Rechtsunterworfenen bildenden Volkes ist. Hier leistet solche Fiktion trefflichen Dienst, ein weiteres Fortschreiten der demokratischen Entwicklung zu hemmen, die mit der Einführung des Parlamentarismus ihren Anfang und zugleich ihr Ende nimmt.

E. Juristische Konstruktion des Verhältnisses zwischen Parlament und Volk.

Nur das eminente politische Interesse, das gerade in parlamentarischen Demokratien und insbesondere in konstitutionellen Monarchien an der Aufrechterhaltung der Fiktion besteht, daß das Parlament das Volk repräsentiere, kann erklären, daß eine zur Verteidigung dieser politischen Interessen sich für berufen erachtende Staatslehre immer wieder den aussichtslosen Versuch unternimmt, trotz mangelnder positivrechtlicher Bindung der Parlamentsfunktion an einen Willen des Volkes dennoch das Verhältnis zwischen Volk und Parlament als ein über das bloße Berufungsverhältnis hinausgehendes Rechtsverhältnis darzustellen. Als ein solcher Versuch kommt schließlich noch die Lehre in Betracht, daß das Volk durch das — von ihm zu wählende — Parlament im Rechtssinne organisiert, das Parlament Willensorgan des Volkes sei, Volk und Parlament demnach juristisch eine Einheit bilden (JELLINEK). Dieser Trugschluß beruht auf der stillschweigenden Identifikation des Staates mit dem Volk. Durch das Parlament wird das Volk ebenso organisiert, wie ein Verein durch seinen Vorstand, den die Mitglieder in der Generalversammlung wählen. Allein der Vorstand ist kein Willensorgan der Generalversammlung, sofern diese keine andere Funktion hat, als den Vorstand zu wählen; er ist Willensorgan des Vereines, und dieser ist nicht ident mit seinen Mitgliedern, ja mit der Generalversammlung der Mitglieder, die nur ein Organ des Vereines ist, sondern ist die Gesamtordnung, in der diese Mitglieder stehen. Und so ist das Parlament nicht Willensorgan des Volkes, das dem Parlament gegenüber keine andere Funktion hat, als es zu wählen, sondern es ist neben dem Volke mit diesem Organ des Staates. Wohl bildet es mit dem Volke eine juristische Einheit, aber nicht darum, weil es ein Willensorgan des Volkes ist (und auch dann nicht, wenn es dies in einem positivrechtlichen Sinne, als Vollzugsorgan des Volkswillens wäre), sondern darum, weil es Organ derselben Ordnung ist wie das Volk. Die juristische Einheit, die zwischen Volk und Parlament besteht, besteht zwischen allen Staatsorganen, denn sie ist die Einheit des Staates, die Einheit der staatlichen Ordnung.

Die Behauptung, daß nur nach dieser Theorie, die das Volk als primäres, das Parlament als sekundäres Organ erscheinen läßt, eine repräsentative Demokratie auch in der Zeit zwischen den Legislaturperioden, solange also noch kein Parlament gewählt ist, als Demokratie begriffen werden könne und nicht etwa als absolute Monarchie bezeichnet werden müsse, weil auch in dieser Zeit das Volk als primäres Organ der Gesetzgebung vorhanden sei, kommt ernstlich kaum in Betracht. Denn es würde durchaus nichts verschlagen, eine Verfassung, die solche Zwischenzeiten

zuläßt — zumal wenn sie für diese Zwischenzeit ein provisorisches Gesetzgebungsrecht des Staatsoberhauptes vorsieht — als weniger demokratisch zu erklären als eine, die dafür sorgt, daß stets ein Parlament möglich ist. Sie darum etwa als zeitweise Monarchie zu bezeichnen, wäre nicht notwendig, obgleich dagegen nichts Wesentliches einzuwenden wäre. Warum wehrt sich die Theorie so energisch gegen solche Bezeichnung? Während sie ja sonst nicht gerade zurückhaltend in der Betonung autokratischer Prinzipien ist! Im übrigen ist die Staatsform nicht nur nach der Organisation der Gesetzgebung, sondern aller Stufen der staatlichen Willensbildung zu beurteilen. Und wenn es möglich ist, daß die eine Stufe mehr demokratisch, die andere mehr autokratisch gestaltet ist, dann ist es auch möglich, daß innerhalb derselben Stufe die Prinzipien der Staatsform kraft positiver Bestimmung zeitlich wechseln. Schließlich charakterisiert sich ein Staat als Demokratie oder Autokratie nicht nach der Wirklichkeit, sondern nach der rechtlichen Möglichkeit einer parlamentarischen Gesetzgebung. Ebenso könnte man fragen, welche Staatsform in der Zeit zwischen zwei Parlamentssitzungen oder gar zwischen zwei Parlamentssessionen besteht! (Vgl. S. 361f.)

Man wirft einer Theorie, die es ablehnt, zwischen Volk und Parlament eine andere Beziehung zu sehen als das vom positiven Recht gestiftete Kreationsverhältnis, juristischen Formalismus vor. Von einem solchen Standpunkte sei der Kampf um die Demokratisierung des Wahlrechtes r e c h t l i c h nicht zu verstehen. Denn bei ihm handle es sich nicht um bloße Teilnahme am Wahlakt, sondern um Einfluß des Wählers auf die Gesetzgebung. Dieses Interesse sei kein bloß faktisches, sondern ein rechtliches (JELLINEK). Dem ist jedoch nicht so. Dieses Interesse mag immerhin bestehen, zu seiner Realisierung mag das Wahlrecht immerhin ein Mittel sein. Allein ob und in welchem Maße dies der Fall ist, bleibt insolange außerhalb einer auf die Rechtsnormen gerichteten Betrachtung, als dieses Interesse nicht zum Inhalt einer Rechtsnorm geworden, als die Funktion des Abgeordneten nicht in irgendeiner Weise von der Funktion des Wählers positivrechtlich abhängig gemacht ist. Der Vorwurf des „Formalismus“ ist stets das Verteidigungsmittel einer ihre methodischen Grenzen überschreitenden Rechtstheorie. Und wie so oft, zeigt sich auch hier wieder als das eigentliche Motiv solcher Überschreitung des Systems eine politische Tendenz. Sobald eine juristische Theorie über den Bestand des positiven Rechtes hinaus das „pulsierende Leben“ erklären zu wollen vorgibt, will sie meist nur eine dem positiven Recht widersprechende Norm behaupten. Warum fragen dieselben Theoretiker, die die jenseits des Systems liegenden Wirkungsmöglichkeiten des Wahlrechts in einem Rechtsbegriff einfangen wollen, nicht nach solchen Funktionen des Rechtsinstitutes des Privateigentumes? Warum würden sie — mit vollem Recht — ablehnen, die Ausbeutungsfunktion in den Rechtsbegriff des Eigentums aufzunehmen? Was sie veranlaßt, den — faktisch möglichen, aber keineswegs ausnahmslos vorhandenen — rechtlich in keiner Weise garantierten, sondern rechtlich geradezu ausgeschlossenen Einfluß des Wählers auf die Funktion des Parlamentes in der Repräsentationsfiktion als den Schein eines Rechtsverhältnisses darzustellen, ist bereits gezeigt worden.

F. Die Repräsentation des Monarchen durch den Richter.

Die Fiktion der Repräsentation wird keineswegs nur dazu verwendet, um das Verhältnis des Volkes zum Parlament, als zu einer gesetzgebenden Körperschaft, juristisch zu konstruieren. Auch das Verhältnis des Volkes zu anderen Organen wird in dieser Fiktion dargestellt. Mit dem Schein der Volkssouveränität, die mit dieser Fiktion aufrechterhalten wird, versuchen alle Autokraten ihre Herrschaft zu legitimieren und dadurch zu stützen, daß sie sich als Diener des Volkes, nur als die Vollstrecker seines wahren Willens, seiner wohlverstandenen Interessen bezeichnen; obgleich, ja gerade weil die Verfassung alles tut, um zu verhindern, daß

das Volk irgendeinen Willen bilden oder gar mit rechtlicher Verbindlichkeit für den Autokraten äußern könne. Und eine dem Mächtigen stets gefällige Wissenschaft verabsäumt nicht, diese Behauptung mit der „Theorie“ zu decken, daß der Princeps, Caesar, Monarch, Diktator usw. der „Repräsentant“, und zwar der einzige, der einzig berechtigte, des Volkes sei, daß sein Wille als der des Volkes zu gelten habe, daß das Volk eben nur durch den Autokraten seinen Willen äußern könne. Man spricht dann von einer das Volk absorbierenden, einer „absorptiven“ Repräsentation durch den Herrscher. Und sofern man das Volk mit dem Staat identifiziert, läßt man den Staat schlechthin nur von diesem Organ „repräsentieren“. Alle anderen Staatsorgane erscheinen dann als Organe dieses — den Staat allein repräsentierenden — Organs. Es ist im Grunde nur eine andere Wendung der Lehre daß die gesamte Staatsgewalt notwendigerweise in einem einzigen Organ ihren „Träger“ finden müsse. Sofern positivrechtlich — wie etwa in den Verfassungen der absoluten Monarchien — alle anderen Organe in einem Subordinationsverhältnis zum Monarchen stehen, hat die Behauptung, daß alle anderen Organe Diene oder Werkzeuge des Monarchen, kurz Organe dieses Organes seien, dieses Organ „repräsentieren“, einen zulässigen Sinn. Im höchsten Maße bedenklich wird diese Behauptung aber, wenn man sie auch für die konstitutionelle Monarchie und insbesondere für Organe aufrechterhält, die kraft der Verfassung vom Monarchen — wie von jedem anderen Organ — unabhängig sind. Es gehört zu den beschämendsten Entgleisungen der Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, daß diese den Versuch gemacht hat, die positivrechtliche Unabhängigkeit der Gerichte — die eine sehr wesentliche Einschränkung der Macht des vordem unbeschränkten, absoluten Monarchen bedeutet — zumindest in der theoretischen Darstellung dadurch abzuschwächen, daß sie die Richter als sekundäre Organe des Monarchen bezeichnet. Indem sie den Monarchen als das primäre Organ der Gerichtsbarkeit hinstellt, behauptet sie — in offenbarem Widerspruch zum positiven Recht — daß die Gerichtsbarkeit „ursprünglich“, „eigentlich“, „der Substanz nach“ usw. beim Monarchen liege, der sich aber nach dieser Richtung der Richter bedienen müsse, deren Unabhängigkeit von ihm geradeso statuiert ist wie die Unabhängigkeit des Parlamentes vom Volke. Es ist die gleiche Fiktion. Die Tatsache, daß der Monarch die Richter zu ernennen hat, wird dahin gedeutet, daß er ihr „Dienstherr“ sei, was jeder Grundlage entbehrt; und so noch deutlicher, als bei der Darstellung des Verhältnisses von Volk und Parlament das bloße Kreationsverhältnis zu einem als „Repräsentation“ bezeichneten Subordinationsverhältnis fingiert, indem behauptet wird, der Richter spreche mit seinem Urteil nur den Willen des Monarchen aus. Diese nur dem Prestige des Monarchen dienende Theorie kann auch keine Stütze darin finden, daß die Verfassungen konstitutioneller Monarchien — von dieser Theorie beeinflußt — den Richter verpflichten, seine Urteile „im Namen des Monarchen“ auszusprechen, d. h. die Urteilsverkündigung mit den Worten: „Im Namen des Königs, Kaisers“ usw. einzuleiten. Aus dem subjektiven Sinn, mit dem diese Akte auftreten, ja sogar kraft positiver gesetzlicher Vorschrift aufzutreten haben, folgt nichts für die objektive Bedeutung, die ihnen im Gesamtzusammenhange des Systems aller Rechtsakte zukommt. Es liegt hier ein ganz ähnlicher Fall wie bei der Kundmachung des Gesetzes als Befehl des Monarchen vor. (Vgl. S. 339.) In der Vorschrift, daß die richterlichen Urteile im Namen des Monarchen zu verkünden sind, kommt eine die Wissenschaft nicht verbindende Theorie des Gesetzgebers zum Ausdruck. Ganz ebenso, wie wenn in einer Verfassung der Monarch als Repräsentant des Volkes bezeichnet wird. Nichts ist charakteristischer, als daß dieselben Autoren, die, gestützt auf die Vorschrift, daß die richterlichen Urteile im Namen des Monarchen zu sprechen sind, die Richter als sekundäre Organe des Monarchen, diesen aber als ein primäres Organ erklären, derartige Äußerungen einer Verfassung, in denen der Monarch selbst als bloß sekundäres Organ des Volkes bezeichnet wird, für irrelevant hinstellen, da das

Volk den Monarchen weder ernennen, noch absetzen, noch zur Verantwortung ziehen, kurz dem Monarchen gegenüber sich nicht als primäres Organ betätigen könne. Der Monarch aber wird sozusagen a priori als primäres Organ anerkannt. Denn darauf, daß der Monarch die anderen Organe ernennt und absetzt — bei den Richtern trifft übrigens das letztere nicht einmal zu — kann man das Repräsentationsverhältnis nicht stützen. Und auch in dieser offenkundigen Tendenz, den Monarchen als primäres Organ zu behaupten, zeigt sich der durchaus politische Charakter, der der ganzen Unterscheidung von primären und sekundären Organen und sohin der Repräsentationstheorie anhaftet.

Von zwei Richtungen her steuert diese gegen das positive Recht auf dasselbe politische Ziel. Indem sie — als Theorie der Repräsentation des Volkes durch das Parlament — die Fiktion aufstellt, das Volk sei im Besitz der gesetzgebenden Gewalt, die es — nur durch das Parlament „repräsentiert" — ausübe, läßt sie eine demokratische Entwicklung zu wirklicher Volksgesetzgebung als überflüssig erscheinen. Indem sie — als Theorie der Repräsentation des Monarchen durch die Richter — die Fiktion aufstellt, der Monarch sei im Besitz der richterlichen Gewalt, die er — nur durch die Richter „repräsentiert" — ausübe, verschleiert sie den positivrechtlichen Kompetenzverlust, den der absolute Monarch durch die konstitutionelle Monarchie erlitten hat und ruft den Schein einer größeren Machtvollkommenheit des Monarchen hervor, als der positiven Verfassung entspricht.

Neuntes Kapitel.

Die Erzeugungsmethoden.
(Die Lehre von den Staatsformen.)

§ 44. Autokratie und Demokratie.

A. Der Rechtsbegriff der Staatsform.

Die moderne Lehre von den sogenannten Staatsformen steht unter dem entscheidenden Einfluß der antiken, speziell der aristotelischen Staatstheorie. In allen wesentlichen Punkten wird diese noch heute vorgetragen. Vor allem der Begriff der Staatsform selbst. Dieser ist methodisch darum so bedeutsam, weil mit der Form des Staates sein innerstes Wesen erfaßt werden, weil eine Einteilung der Staatsformen eine Einteilung der Staaten schlechthin sein soll. Darum muß dasjenige, was seit jeher unter der Form des Staates verstanden, in der Staatsform zu bestimmen versucht wird, einen Rückschluß auf die eigentliche Natur jenes Gebildes zulassen, das man als Staat begreifen will. Mit vollem Recht hat man es als eine bedeutende Einsicht der antiken Staatslehre anerkannt, daß sie die Form des Staates in der Verfassung suchte und dabei von dem Bestreben geleitet war, den ganzen Staat von einem einzigen Punkte wie ,,von einem bewegenden Zentrum aus" zu begreifen (Jellinek). Wenn die antike Staatslehre die drei Staatsformen oder Verfassungen der Monarchie, Aristokratie und Demokratie unterscheidet, so ist das maßgebende Kriterium für sie: Die Organisation der die staatliche Herrschaft ausübenden Autorität oder, wie sich die heutige Staatslehre ausdrückt: die Gestaltung der staatlichen Willensbildung. Daß der ,,Wille" des Staates, dessen verschiedene Erzeugungsmöglichkeiten für die Frage der Staatsform maßgebend sind, kein realpsychischer, sondern der spezifisch juristische Wille sein muß, ergibt sich schon daraus, daß das Problem der Erzeugung des psychischen Willensaktes — der übrigens stets nur ein individual-psychischer sein kann — nie und nimmer in den Bereich einer Staatslehre fallen kann, sondern ein rein psychologisches Problem bleiben muß. Daß das ,,Wollen" des Staates nur das Sollen seiner Ordnung ist, der Staatswille nur ein Bild für das einheitliche System von Normen ist, das die staatliche Ordnung bildet, geht ja aus allen bisherigen Darlegungen zur Genüge hervor.

Schon der antiken Staatslehre war die Auffassung des Staates als einer Ordnung oder τάξις nicht fremd, wie erst kürzlich wieder festgestellt wurde. Aber auch die herrschende Staatstheorie hat bereits erkannt — und das muß mit größtem Nachdruck hervorgehoben werden — daß die Einteilung der Staatsformen eine rechtliche Einteilung ist, nur als rechtliche Einteilung überhaupt möglich ist. Rechtliche Einteilung kann zum Objekt nur das Recht haben. Und so ist schon die bisherige Lehre von den Staatsformen — in ihrer Entwicklung von der Antike bis zum heutigen Tage — ihrem immanenten Sinne nach nichts anderes als eine Lehre von den verschiedenen Möglichkeiten, die staatliche Ordnung als die Rechts-Ordnung zu erzeugen. Daß dabei der Blick nur auf die höheren Stufen der Rechtsordnung beschränkt blieb, das hängt mit der schon früher charakterisierten Tatsache zusammen, daß man überhaupt das Recht nur in den höheren Stufen als

solches erkannte, mit dem erst neuestens aufgezeigten Vorurteil von dem nur im Gesetz beschlossenen Recht. Daß daher das Problem der Staatsform im wesentlichen nur für die Gesetzgebung gesehen wurde, während es für alle Stufen der Rechtserzeugung, also auch für die sogenannte Vollziehung — diese Sammelbezeichnung für alle Stufen, die nicht Gesetzgebung sind — von Bedeutung ist, darauf wird später noch zurückzukommen sein.

Das Problem der Staatsform ist ein Rechtsinhaltsproblem. Hier zeigt sich die Relativität des Gegensatzes von Form und Inhalt. Was nach der einen Richtung Inhalt ist, kann nach der anderen als Form in Betracht kommen. Um den möglichen — nicht den notwendigen, wie die Naturrechtslehre irrig annahm — Inhalt der vorausgesetzten Grundnorm als der das oberste Normsetzungsorgan bestimmenden Verfassung im rechtslogischen Sinne und um den Inhalt der auf ihr aufgebauten Verfassung im positivrechtlichen Sinne, der die Rechtserzeugung in oberster Stufe regelnden, gesetzten Normen handelt es sich zunächst. Staatsform ist möglicher Inhalt der Verfassung in dem engeren und ursprünglicheren Sinn, in dem das sogenannte Verhältnis der Staatsgewalt zu den Untertanen, der Gedanke der Freiheitsrechte, noch nicht aufgenommen ist. Staatsform ist die mögliche Methode der Erzeugung der Staatsordnung. Staatsform ist Rechtsform als Rechtserzeugungsform. Soll der Rechtsinhalt begriffen werden, muß eine typisierende Begriffsbildung Platz greifen. Staatsformen sind die typischen Inhalte der die Rechtserzeugung betreffenden Normen. Dabei müssen deutlich der platonische Idealtypus und der Real- oder Durchschnittstypus auseinander gehalten werden. Dieser hat jenen zur Voraussetzung.

B. Die Idee der Freiheit als Bestimmungsgrund.

1. Bedeutungswandel des Freiheitsbegriffes. Die Idee oder das Ideal, von dem aus die unterschiedlichen Staatsformen seit jeher bestimmt wurden, ist die Freiheit. Sie ist die Grunddominante aller sozialen Spekulation, obgleich — oder gerade darum weil — alles Soziale seinem innersten Wesen nach Bindung und nur als Bindung Verbindung und sohin die Negation der Freiheit ist. Es ist die Natur selbst, die sich in der Forderung der Freiheit gegen die Gesellschaft, gegen den aus dem sozialen Zustand fließenden Zwang, die Qual der Heteronomie aufbäumt. Die Last fremden Willens, die die soziale Ordnung auferlegt, wird umso drückender empfunden, je unmittelbarer im Menschen das primäre Gefühl des eigenen Wertes sich in der Ablehnung jedes Mehrwertes äußert, je elementarer gerade dem Herren, dem Befehlenden gegenüber das Erlebnis des zum Gehorsam Verbundenen ist: Er ist ein Mensch wie ich, wir sind gleich. Wo ist also sein Recht, mich zu beherrschen? So stellt sich auch die negative Idee der Gleichheit in den Dienst der ursprünglich ebenso negativen Idee der Freiheit.

Daß diese dennoch in den Kalkül des von ihr negierten Sozialen, ja sogar des Politisch-Staatlichen eingehen kann, ist nur möglich vermittels eines Bedeutungswandels, in dem aus der absoluten Negation sozialer Bindung im allgemeinen und daher des Staates im besonderen eine spezielle Form derselben wird, die in Verbindung mit ihrem dialektischen Gegensatz alle mögliche Form des Staates, ja der Gesellschaft überhaupt repräsentiert: Demokratie und Autokratie.

Soll Gesellschaft, soll gar Staat sein, dann muß eine bindende Ordnung des gegenseitigen Verhaltens der Menschen gelten, dann muß Herrschaft sein. Müssen wir aber beherrscht werden, dann wollen wir nur von uns selbst beherrscht sein. Von der natürlichen Freiheit löst sich die soziale oder politische Freiheit ab. Politisch frei ist, wer zwar untertan, aber nur seinem eigenen, keinem fremden Willen untertan ist. Der prinzipielle Gegensatz der Staats- und Gesellschaftsformen ist damit eröffnet.

Von der erkenntnistheoretischen Seite aus gesehen: Soll überhaupt Gesellschaft als ein von der Natur verschiedener Systemzusammenhang möglich sein, dann muß neben der Naturgesetzlichkeit eine spezifische soziale Gesetzlichkeit gegeben sein. Dem Kausalgesetz tritt die Norm entgegen. Freiheit bedeutet ursprünglich vom Standpunkt der Natur die Negation der sozialen, vom Standpunkt der Gesellschaft die Negation der natürlichen (kausalen) Gesetzlichkeit (Willensfreiheit). „Zurück zur Natur" bedeutet nur: Los von der sozialen Bindung. Hinauf zur Gesellschaft: Freiheit von der Naturgesetzlichkeit. Dieser Widerspruch löst sich erst, sobald „Freiheit" zum Ausdruck einer spezifischen, nämlich der sozialen (d. h. ethisch-politischen und rechtlich-staatlichen) Gesetzlichkeit, sobald der Gegensatz von Natur und Gesellschaft zum Gegensatz zweier verschiedener Gesetzlichkeiten und sohin zweier verschiedener Betrachtungsrichtungen wird.

Man pflegt die Freiheit als politische Selbstbestimmung des Bürgers, als Mitwirkung an der Bildung des herrschenden Willens im Staate, als die antike Freiheitsidee der germanischen entgegen zu setzen, die sich in der Vorstellung eines Freiseins von Herrschaft, eines Freiseins vom Staate überhaupt erschöpft. Indes handelt es sich dabei nicht eigentlich um einen historisch-ethnographischen Unterschied. Der Schritt von der germanischen zu der sogenannten antiken Gestaltung des Freiheitsproblems ist nur die erste Stufe jenes unvermeidlichen Wandlungsprozesses, jener Denaturierung, der der ursprüngliche Freiheitsinstinkt auf dem Wege unterworfen ist, den das menschliche Bewußtsein aus dem Zustande der Natur in den Zustand der staatlichen Zwangsordnung zurücklegt. Dieser Bedeutungswandel im Begriffe der Freiheit ist überaus charakteristisch für die Mechanik unseres sozialen Denkens. Die ungeheure gar nicht überschätzbare Bedeutung, die gerade dem Freiheitsgedanken in der politischen Ideologie zukommt, ist nur erklärlich, soferne er aus einer letzten Quelle der menschlichen Seele, aus eben jenem staatsfeindlichen Ur-Instinkt entspringt, der das Individuum gegen die Gesellschaft stellt. Und doch wird in einer fast rätselhaften Selbsttäuschung dieser Freiheitsgedanke zum bloßen Ausdruck für eine bestimmte Stellung des Individuums in der Gesellschaft. Aus der Freiheit der Anarchie wird die Freiheit der Demokratie und tritt der politischen Unfreiheit der Autokratie entgegen.

2. Das Majoritätsprinzip. Aus dem Gedanken dieser sozialen und nicht mehr der natürlichen Freiheit heraus fordert die Naturrechtstheorie, daß die Urverfassung als Vertrag, d. h. mit Zustimmung aller derer zustandekomme, für welche die auf ihr begründete staatliche Ordnung Geltung beansprucht. Allein im Urvertrag selbst setzt die Naturrechtstheorie — soweit sie nicht autokratisch das Volk einem Herrscher sich schenken läßt — den Willen der Mehrheit der Normunterworfenen als rechtserzeugende Autorität ein. Und diese Beschränkung des Prinzipes der Einstimmigkeit auf den hypothetischen Akt der Staatsgründung ist keineswegs — wie man anzunehmen pflegt — bloß aus Opportunitätsgründen zu erklären. Dem aus der Freiheitsforderung entspringenden Prinzipe der Einstimmigkeit bei Abschluß des Grundvertrages würde, streng genommen, entsprechen, daß auch der Fortbestand der vertragsmäßigen Ordnung von der dauernden Zustimmung aller abhängig, daß somit jedermann frei sei, jederzeit die Gemeinschaft zu verlassen, sich der Geltung der sozialen Ordnung dadurch zu entziehen, daß er ihr seine Anerkennung verweigert. Hier zeigt sich deutlich der unlösbare Konflikt, in dem die Idee der individuellen Freiheit zur Idee einer sozialen Ordnung steht, die ihrem innersten Wesen nach nur in objektiver — d. h. nur in einer letzten Endes von dem Willen des Normunterworfenen unabhängigen — Gültigkeit möglich ist. Diese objektive Geltung sozialer Ordnung bleibt für eine auf das spezifisch Soziale gerichtete Erkenntnis zwar selbst dann unberührt, wenn der Inhalt dieser Ordnung irgendwie durch den Willen der Normunterworfenen bestimmt wird. Die Erzeugung der Norm bezieht sich auf den Akt der Normsetzung, die Unterwerfung

unter die Norm auf den Sinngehalt der Norm, auf die Norm als Sinngehalt. Allein die formale Objektivität verlangt auch eine materielle. In dem Grenzfalle, wo das „du sollst“ des sozialen Imperativs bedingt wird durch das „wenn und was du willst“ des Adressaten, verliert die Ordnung jeden sozialen Sinn. Darum muß, soll überhaupt Gesellschaft, soll insbesondere Staat sein, auch zwischen dem Inhalt der ihr unterworfenen Willen eine mögliche Differenz bestehen. Wäre die Spannung zwischen diesen beiden Polen, zwischen Sollen und Sein gleich Null, das heißt aber der Freiheitswert gleich Unendlich, dann könnte von Unterworfenen überhaupt keine Rede mehr sein. Indem die Demokratie die nach der Idee der Freiheit — hypothetisch also — durch Vertrag, somit einstimmig zustande gekommene Ordnung durch Mehrheitsbeschluß fortbilden läßt, begnügt sie sich mit einer bloßen Annäherung an die ursprüngliche Idee. Daß noch von Selbstbestimmung die Rede ist und davon, daß jeder nur seinem eigenen Willen untertan, wenn der Wille der Mehrheit Geltung beansprucht, das ist ein weiterer Schritt in der Metamorphose des Freiheitsgedankens.

Aber auch der mit der Majorität Stimmende ist nicht mehr nur seinem eigenen Willen unterworfen. Das erfährt er sofort, wenn er seinen bei der Abstimmung geäußerten Willen ändert. Die rechtliche Unmaßgeblichkeit solcher Willensänderung zeigt ihm nur allzudeutlich den fremden Willen, oder ohne Bild gesprochen: die objektive Geltung der Ordnung, der er unterworfen ist. Es müßte sich für seine Willensänderung eine Mehrheit finden, damit er, das Individuum, wieder frei sei. Und diese Konkordanz zwischen dem Willen des einzelnen und dem herrschenden Staatswillen ist um so schwieriger, diese Garantie für die individuelle Freiheit ist um so geringer, je qualifizierter die Majorität, die zur Erzeugung des abändernden Staatswillens erforderlich ist. Sie wäre so gut wie ausgeschaltet, falls Stimmeneinhelligkeit dazu nötig wäre. Hier zeigt sich eine höchst merkwürdige Doppelsinnigkeit der politischen Mechanik. Was früher bei der ganz nach der Idee der Freiheit sich vollziehenden Gründung der Staatsordnung zum Schutze der individuellen Freiheit diente, wird nunmehr zu ihrer Fessel, wenn man der Ordnung sich nicht mehr entziehen kann. Staatsgründung, Urzeugung der Rechtsordnung oder des Staatswillens kommt ja in der sozialen Erfahrung so gut wie überhaupt nicht in Betracht. Man wird doch zumeist in eine fertige Staatsordnung hineingeboren, an deren Entstehung man nicht mitgewirkt hat, und die einem daher von Anfang an als fremder Wille entgegentreten muß. Nur die Fortbildung, die Abänderung dieser Ordnung steht in Frage. Und unter diesem Gesichtspunkte bedeutet allerdings das Prinzip der absoluten (und nicht das der qualifizierten) Majorität die relativ größte Annäherung an die Idee der Freiheit.

Aus ihr ist das Majoritätsprinzip abzuleiten. Nicht aber — wie dies meist zu geschehen pflegt — aus der Idee der Gleichheit. Daß die menschlichen Willen untereinander gleich seien, ist wohl die Voraussetzung des Majoritätsprinzips. Allein dieses Gleich-Sein ist nur ein Bild, kann nicht die effektive Meßbarkeit, die Summierbarkeit menschlicher Willen oder menschlicher Persönlichkeiten bedeuten. Es wäre unmöglich, das Majoritätsprinzip damit zu rechtfertigen, daß mehr Stimmen ein größeres Gesamtgewicht haben als weniger Stimmen. Aus der rein negativen Präsumtion, daß einer nicht mehr gelte als der andere, kann noch nicht positiv folgen, daß der Wille der Mehrheit gelten solle. Wenn man das Mehrheitsprinzip allein aus der Idee der Gleichheit abzuleiten versucht, hat es tatsächlich jenen rein mechanischen, ja sinnlosen Charakter, den man ihm von autokratischer Seite vorwirft. Es wäre nur der notdürftig formalisierte Ausdruck der Erfahrung, daß die mehreren stärker sind als die wenigeren; und der Satz: Macht geht vor Recht, wäre nur insofern überwunden, als er sich selbst zum Rechtssatz erhöbe. Nur der Gedanke, daß wenn schon nicht alle, so doch möglichst viele Menschen frei sein, das heißt möglichst wenig Menschen mit ihrem Willen in Widerspruch zu dem allgemeinen

Willen der sozialen Ordnung geraten sollen, führt auf einem vernünftigen Wege zum Majoritätsprinzip. Daß dabei natürlich die Gleichheit als die Grundhypothese der Demokratie vorausgesetzt wird, zeigt sich eben darin, daß nicht gerade dieser oder jener, sondern daß möglichst viele frei sein sollen. Und da ist eben die Konkordanz zwischen Einzel- und Staatswillen umso leichter, mit je weniger anderen Individualwillen eine Übereinstimmung notwendig ist, um eine Abänderung des Staatswillens herbeizuführen. Die absolute Majorität stellt hier tatsächlich die oberste Grenze dar. Bei weniger wäre die Möglichkeit gegeben, daß der Staatswille im Augenblicke seiner Erzeugung mit mehr Individualwillen in Widerspruch als in Einklang steht; bei mehr, daß eine Minderheit den Staatswillen — indem sie dessen Abänderung verhindert — im Widerspruch zu einer Mehrheit zu bestimmen vermag.

Und noch in einem anderen Sinne entspricht das Majoritätprinzip einer Idee der politischen — wenn auch nicht der natürlichen — Freiheit. Denn die Majorität setzt schon ihrem Begriffe nach die Existenz einer Minorität und es setzt somit das Recht der Majorität die Existenzberechtigung einer Minorität voraus. Daraus ergibt sich zwar nicht die Notwendigkeit, aber doch die Möglichkeit des Schutzes der Minorität gegen die Majorität. Jedenfalls darf das Majoritätsprinzip nicht schlechthin mit dem Gedanken einer bedingungslosen Herrschaft der Majorität über die Minorität identifiziert werden, wie dies so häufig geschieht. Schon durch die Tatsache ihrer rechtlichen Existenz vermag die Minorität den Willen der Majorität bis zu einem gewissen Grade zu beeinflussen, und so zu verhindern, daß der Inhalt der auf dem Wege des Majoritätsprinzipes geschaffenen sozialen Ordnung in einen absoluten Gegensatz zu den Interessen der Minorität gerät. Indem das Majoritätsprinzip die Gesamtheit der Normunterworfenen wesentlich nur in zwei Gruppen, in die der Majorität und der Minorität, gliedert, schafft es so die Möglichkeit eines Kompromisses. Kompromiß aber bedeutet: Zurückstellen dessen, was die zu Verbindenden trennt, zugunsten dessen, was sie verbindet. Jeder Tausch, jeder Vertrag ist ein Kompromiß; denn Kompromiß bedeutet: sich vertragen. Alle soziale Integration ist letzten Endes nur durch Kompromiß möglich. Die Majorität selbst kann ja nur durch solches Kompromiß entstehen. Das abfällige, ja verächtliche Urteil, das nicht selten über das Prinzip des Kompromisses und eine kompromißgeneigte Haltung geäußert wird, stammt nicht aus der Ideologie der Freiheit, nicht aus dem Gedanken der Selbstbestimmung.

Der Anwendung des Majoritätsprinzipes sind gewisse, gleichsam natürliche Grenzen gesetzt. Majorität und Minorität müssen sich miteinander verständigen können, wenn sie sich miteinander vertragen sollen. Die tatsächlichen Voraussetzungen für die gegenseitige Verständigung der an der sozialen Willensbildung Beteiligten müssen also gegeben sein: eine kulturell relativ homogene Gesellschaft, insbesondere gleiche Sprache. Das bekannte Argument: auf die heutige Menschheit als Einheit angewendet, müsse das Majoritätsprinzip zu absurden Ergebnissen führen, trifft nicht so sehr das Prinzip als solches als vielmehr nur seine Überspannung. Und von diesem Standpunkte ist auch die von marxistischer Seite vertretene Anschauung zu beurteilen: das Majoritätsprinzip könne nur in einer auf voller Interessengemeinschaft der Glieder beruhenden, nicht aber in einer durch den Klassengegensatz gespaltenen Gesellschaft Anwendung finden, weil es zwar zur Überwindung untergeordneter, sozusagen bloß technischer Meinungsverschiedenheiten, nicht aber zur Ausgleichung vitaler Interessenkonflikte geeignet sei. Allein abgesehen davon, daß es keine menschliche Gemeinschaft gibt, innerhalb deren von vornherein in jeder Richtung wesentliche Interessenharmonie besteht, sondern solche Harmonie nur durch dauernde und immer wieder zu erneuernde Kompromisse gestiftet werden muß, weil selbst die untergeordnetsten Meinungsverschiedenheiten zu vitalen Interessenkonflikten werden können, beruht diese Ablehnung des Majoritätsprinzipes als einer Grundform der Demokratie für die klassengespaltene Gesellschaft nicht so sehr auf der er-

kenntnismäßigen Einsicht in die Unzulänglichkeit des fraglichen Prinzipes für diesen Fall, als vielmehr auf dem — rational nicht rechtfertigbaren — Willen, den Klassengegensatz nicht auf dem Wege friedlichen Ausgleiches, sondern revolutionärer Gewaltanwendung, nicht demokratisch, sondern autokratisch-diktatorisch zu überwinden. Das Majoritätsprinzip wird abgelehnt, weil — mit Recht oder mit Unrecht — das Kompromiß abgelehnt wird, dem das Majoritätsprinzip die Voraussetzung schafft. Und gerade weil das Kompromiß nur die reale Annäherung an die von der Idee der Freiheit geforderte Einstimmigkeit in der Erzeugung der sozialen Ordnung durch die der Ordnung Unterworfenen ist, bewährt sich das Majoritätsprinzip auch nach dieser Richtung im Sinne der Idee einer politischen Freiheit.

3. Der Freistaat. Angesichts der unvermeidlichen Differenz zwischen dem Willen des einzelnen, der den Ausgangspunkt der Freiheitsforderung bildet, und der staatlichen Ordnung, die dem einzelnen als fremder Wille entgegentritt, selbst in der Demokratie entgegentritt, wo diese Differenz annäherungsweise auf ein Mindestmaß herabgesetzt ist, vollzieht sich ein weiterer Wandel in der Vorstellung von der politischen Freiheit. Die im Grunde genommen unrettbare Freiheit des Individuums tritt allmählich in den Hintergrund, und die Freiheit des sozialen Kollektivums in den Vordergrund. Der Protest gegen die Herrschaft von meinesgleichen führt im politischen Bewußtsein zu einer Verschiebung des Subjektes der — auch in der Demokratie unvermeidbaren — Herrschaft: zur Konstruktion der anonymen Person des Staates. Von ihr und nicht von äußerlich sichtbaren Menschen läßt man das Imperium ausgehen. Ein geheimnisvoller Gesamtwille und eine geradezu mystische Gesamtperson werden von den Willen und Persönlichkeiten der einzelnen losgelöst. Diese fiktive Isolierung vollzieht sich nicht so sehr gegenüber den Willen der Untertanen als vielmehr gegenüber den Willen derjenigen Menschen, die die Herrschaft faktisch ausüben, und die nunmehr als bloße Organe eines hypostasierten Herrschaftssubjektes erscheinen. So verdeckt der Schleier der Staatspersonifikation das dem demokratischen Empfinden unerträgliche Faktum einer Herrschaft von Mensch über Mensch. Die für die Staatsrechtslehre grundlegend gewordene Personifikation des Staates hat zweifellos ihre Wurzel auch in dieser Ideologie der Demokratie.

Ist aber einmal die Vorstellung beseitigt, daß meinesgleichen herrscht, verschließt man sich nicht mehr der Erkenntnis, daß das Individuum, sofern es der Staatsordnung gehorchen muß, unfrei ist. Es verschiebt sich eben mit dem Subjekte der Herrschaft das Subjekt der Freiheit. Man betont zwar umso nachdrücklicher, daß das Individuum, soferne es in organischer Verbindung mit anderen Individuen die Staatsordnung erzeugt, in eben dieser Verbindung und nur in ihr „frei" sei. Der Rousseausche Gedanke, daß der Untertan seine ganze Freiheit aufgibt, um sie als Staatsbürger wieder zurückzuerhalten, ist darum so charakteristisch, weil in dieser Unterscheidung von Untertan und Staatsbürger der gänzliche Standpunktwechsel in der sozialen Betrachtung, die völlige Verschiebung der Problemstellung angedeutet ist. Der Untertan ist das isolierte Individuum einer individualistischen, der Staatsbürger das unselbständige, nur Teil eines höheren organischen Ganzen bildende Glied des Kollektivwesens einer universalistischen Gesellschaftserkenntnis; eines Kollektivwesens, das von dem durchaus individualistischen Ausgangspunkt der auf Freiheit eingestellten Wertung gesehen, einen transzendenten metaphysischen Charakter hat. Der Szenenwechsel ist ein solch vollständiger, daß es im Grunde genommen nicht mehr richtig ist, zumindest nicht mehr darauf ankommt, zu behaupten, der einzelne Staatsbürger sei frei. Die — von manchen Autoren auch folgerichtig gezogene — Konsequenz erfordert, daß, weil die Staatsbürger nur in ihrem Inbegriff: dem Staate, frei sind, eben nicht der einzelne Staatsbürger, sondern die Person des Staates frei sei. An die Stelle der Freiheit des

Individuums tritt die Souveränität des Volkes oder, was dasselbe ist: der freie Staat, der Freistaat als grundsätzliche Forderung. Das ist die letzte Stufe in dem Bedeutungswandel des Freiheitsgedankens.

Der freie Staat ist jener, dessen Form die Demokratie ist, weil der Wille des Staates oder die Rechtsordnung von denjenigen selbst erzeugt wird, die dieser Ordnung unterworfen sind. Ihr steht gegenüber der unfreie Staat, dessen Form die Autokratie ist, weil die staatliche Ordnung unter völligem Ausschluß der ihr Untertanen von einem einzigen, allen andern darum als Herr Gegenüberstehenden gesetzt wird.

C. Juristische und natürliche Willensbildung.

In dieser Beziehung der Normunterworfenen zur Normerzeugung liegt das entscheidende Kriterium. Nicht aber — wie die neuere Theorie annehmen möchte — in dem Gegensatz einer natürlichen, rein psychologischen, und einer künstlichen, rein juristischen Bildung des höchsten Staatswillens. Denn in beiden Fällen, sowohl in jenem autokratischer Verfassung, wo der Staatswille von einem einzigen Menschen erzeugt wird, als auch im Falle der Demokratie, wo alle Normunterworfenen den Staatswillen bilden, ist der Weg der Willensbildung — für den allein maßgebenden Aspekt — ein juristischer, so wie ja auch der auf diesem Weg erzeugte Wille ein rechtlicher ist. Und in beiden Fällen liegt — für eine nicht auf die Staatsform gerichtete, realpsychologische Betrachtung — der Tatbestand psychischer Willensakte vor. Zum Staatswillen wird der Wille des als Monarch fungierenden Menschen nur kraft der Verfassung (im rechtslogischen oder positivrechtlichen Sinne), die diesem Tatbestand diesen Sinn verleiht, der eben darum ein rechtlicher ist. Recht kann nur auf rechtlichem Wege erzeugt werden. Nicht nur im Falle der autokratischen, auch in jenem der demokratischen Willensbildung vollzieht sich der äußere Tatbestand ganz innerhalb „physischer Personen", richtiger: besteht der äußere Tatbestand ganz in einzelmenschlichen Akten, und erhält seine rechtliche Deutung als Staats-Wille ganz und gar und ausschließlich durch die Verfassung, die normiert, daß die übereinstimmende Willensäußerung der Mehrheit einer ganz bestimmten Menschenmenge zum Inhalt der generellen Norm, des Gesetzes, d. h. aber zum Staatswillen wird. Dieses Kollegium hat als solches, als staatswillensbildendes Organ, in keinem anderen Sinne „eine juristische Realität" wie der Monarch und ist — wie dieser — wenn man von dem spezifisch-rechtlichen Deutungsschema der Verfassung absieht, also sich aus dem Bereich sozial-juristischer in den natürlich-psychologisch-biologischer Betrachtung stellt — ein natürlich-realer Tatbestand: seelisch körperliche Menschen und deren — kausal determinierte — Akte. Wenn das Unterscheidungsprinzip der Staatsformen ein rechtliches ist, und das anerkennt gerade die Theorie, die zwischen einer psychologischen und einer juristischen Bildung des Staatswillens unterscheidet — dann kann es keine andere als eine juristische Bildung des Staatswillens, keinen anderen als einen juristischen Staatswillen geben, weil eine rechtliche Unterscheidung nur im Bereich des Rechtlichen möglich ist.

D. „Dynamische" und „statische Integration" als Kriterium für die Unterscheidung der Staatsformen.

Werden die Normen der sozialen und insbesondere der staatlichen Ordnung durch die Normunterworfenen, das ist das „Volk" oder ein vom Volk gewähltes Parlament oder werden sie überhaupt von einem — irgendwie berufenen — Kollegium und sohin nach dem Majoritätsprinzip erzeugt, so ergibt sich die Notwendigkeit eines geregelten Verfahrens und, bei schwankenden Majoritätsverhältnissen, die Gefahr mangelnder Stetigkeit in der allgemeinen Richtung der sozialen bzw. staatlichen Willensbildung. Werden die generellen oder individuellen Normen durch

Beschluß erzeugt, geht diesem Akte in der Regel ein Stadium der Beratung, das heißt der Erörterung des zu Beschließenden in Form von Rede und Gegenrede voraus. Diese Momente eines geregelten Verfahrens und insbesondere einer dialektischen Gegenüberstellung entgegengesetzter Meinungen und Interessen haben zweifellos eine gewisse, jedoch gegenüber dem für den Begriff der Staatsform entscheidenden Gesichtspunkt nur eine sekundäre Bedeutung. Darum ist es aussichtslos, in diesen Tatbeständen ein maßgebendes Kriterium für die Einteilung der Staatsformen zu erblicken, wie dies neuestens versucht wurde (Smend). Wenn hier von einer „dynamischen Integration" gesprochen und ihr speziell die Monarchie als Typus einer „statischen Integration" entgegengestellt wird, so muß erwidert werden, daß das dynamische Moment in der Erzeugung des Staatswillens und nicht gerade in der Eigenart des dialektischen Prozesses eines demokratischen, bzw. parlamentarischen Verfahrens liegt. Und wenn hier — wie behauptet wird — die Resultante der allgemeinen staatlichen Richtung immer wieder neu gewonnen werden muß, so muß eben auch der Autokrat oder Monarch immer wieder von neuem seine Gesetzgebungs- und Regierungsakte setzen. Daß in der Identität der Persönlichkeit des Monarchen größere Garantien für die Stetigkeit der allgemeinen staatlichen Richtung gegeben sein können, ist richtig; allein dies hat mit der oben charakterisierten Dynamik nichts zu tun. Auch ist die Stetigkeit keineswegs ein wesensnotwendiges Merkmal des monarchischen Prinzipes, unter dessen Geltung man auch nicht selten Anlaß zu haben glaubt, den Vorwurf eines „Zickzackkurses" zu erheben. Aber auch die dialektische Gegenüberstellung von Meinung und Gegenmeinung als Methode der Vorbereitung des Beschlusses ist in der realen Monarchie um so unvermeidlicher, je mehr der absolute Monarch auf beratende Kollegien angewiesen ist, in deren Schoß sich ein ganz analoger Vorgang der Auseinandersetzung von Gegensätzen abspielt wie in Parlaments- und Volksversammlung. So wird im Staatsrat eines absoluten Monarchen ebendasselbe zum Gegenstand der Diskussion gemacht, worauf sich die parlamentarische oder die Volksversammlungsdebatte bezieht. Und so kann denn ernstlich nicht die Rede davon sein, daß sich der statische Integrationsfaktor „Monarch" von dem dynamischen Integrationsfaktor „Parlament" oder „Volksversammlung" dadurch unterscheide, daß bei jenem, nicht aber bei diesen das „politisch Wesentliche indiskutabel" sei. Vollends unmöglich aber ist es, nur den Parlamentarismus als dynamische Integrationsmethode gelten zu lassen, und ihm — als statische Integrationsmethode — ebenso wie die Monarchie auch die „echte" Demokratie entgegenzustellen. Denn der das Wesen der dynamisch-dialektischen Integration bildende Vorgang der Auseinandersetzung von Gegensätzen als Methode, die Resultante der allgemeinstaatlichen Richtung immer wieder neu zu gewinnen, ist nicht minder charakteristisch für die Parlaments- wie für die Volksversammlung. Die Unterscheidung von statischer und dynamischer Integration wird dadurch nur unklar und verliert dann jede Möglichkeit, einer Einteilung der Staatsformen — auch als sekundäres Moment — zugrunde gelegt zu werden.

E. Ideal- und Realtypus.

Autokratie und Demokratie sind jedoch nur Idealtypen. Die soziale Wirklichkeit des positiven Rechts stellt mehr oder weniger weitgehende Annäherungen an den einen oder anderen der beiden einander polar entgegengesetzten Idealtypen und demgemäß eine kontinuierliche Reihe von Übergängen von dem einen zum anderen dar. Eine reine Autokratie ist ebensowenig realisierbar wie eine reine Demokratie. Dabei kommt nicht so sehr die begriffliche Grenze in Betracht, die der letzteren dadurch gesetzt ist, daß an Stelle des Willens aller einzelnen der übereinstimmende und durch Einzelwille nicht abänderbare Wille aller und schließlich der Wille der Mehrheit tritt; als vielmehr jene Grenzen, die in natürlichen Tatsachen gelegen sind. Die Mehrheit, deren Wille für die Normerzeugung

bestimmend ist, kann nicht die Mehrheit aller sein, für die die Ordnung gilt. Kinder, Geisteskranke, zeitweilig vom Ort der Beratung und Abstimmung Abwesende sind von vornherein ausgeschlossen, weil sie faktisch an der Staatswillensbildung nicht teilnehmen können. In der Regel sind aber auch rechtlich gewisse Kategorien von Menschen ausgeschlossen, wie Frauen, Sklaven, Verbrecher usw. Die Zahl der den Mehrheitswillen bildenden Menschen ist selbst in den extremsten Demokratien kaum ein Drittel oder ein Viertel aller Normunterworfenen. Dazu kommt noch, daß tatsächlich nur die Gesetze, der Staatswille in seiner generellen Form durch Beschluß der Mehrheit der Normunterworfenen erzeugt werden kann, daß bei den viel häufigeren Akten der Vollziehung sich das Prinzip der Arbeitsteilung durchsetzt, in der Regel ein Repräsentativsystem notwendig wird, das demokratische Prinzip — sofern es überhaupt nach dieser Richtung gefordert wird — sich auf die Art der Berufung der Exekutivorgane — Los oder Wahl — beschränkt. Davon gar nicht zu reden, daß in größeren Gemeinschaften und bei komplizierterer Kultur die arbeitsteilige Funktion des Repräsentativgedankens auch die Gesetzgebung ergreift. Auf der anderen Seite stößt auch die Idee der Autokratie auf Schranken ihrer Verwirklichung. Daß die Ordnung eines Gemeinwesens in allen ihren Konkretisationsstufen von einem einzigen Menschen gesetzt werde, ist selbst bei ungewöhnlichen Gaben des Geistes und Willens unmöglich. Jeder Despot muß sich Helfer und Stellvertreter nehmen, die seinen Willen vollziehen, und solche, die ihn beraten. Zumal wenn das Staatsgebiet groß ist, muß es in Provinzen geteilt werden, an deren Spitze der Despot Statthalter mit weitgehenden Vollmachten setzen muß. Auch die extremste Autokratie ist nicht ohne eine Vielheit von Organen möglich. Niemals ist es nur e i n Mensch, der die staatliche Ordnung erzeugt. Alle diese Organe aber sind — mit Ausnahme des höchsten, des Autokraten selbst — der staatlichen Ordnung pflichtmäßig unterworfen. In welchem Verhältnis diese Organe zum obersten Organe, dem Autokraten stehen, ist eine andere Frage. Dadurch daß ein — wenn auch verhältnismäßig kleiner — Teil der Normunterworfenen an der Bildung des staatlichen Willens beteiligt ist — und sei es auch nur in Unterordnung unter den Autokraten — stellt der Realtypus der Autokratie, die sogenannte D e s p o t i e, schon das erste Glied einer Reihe dar, die — an ihrem entgegengesetzten Pol — zur Demokratie führt.

Eine solche Übergangsform von Autokratie zu Demokratie ergibt sich insbesondere dadurch, daß die Normunterworfenen zwar von jeder unmittelbaren Bestimmung des staatlichen Willens ausgeschlossen sind, aber doch m i t t e l b a r auf dessen Bildung Einfluß haben, indem sie den Normsetzer — den im übrigen unbeschränkten Herrscher — durch W a h l zu kreieren haben. Faßt man nicht den Gesamtverband, sondern nur eine Teilgemeinschaft ins Auge, dann ergibt sich ein bedeutsamer Unterschied daraus, ob das die Normen der Teilgemeinschaft setzende Organ nur von den diese Teilgemeinschaft bildenden Menschen selbst, oder von einer der Teilordnung nicht unterworfenen, „außenstehenden" Instanz bestellt wird. Man hat hiefür die Bezeichnung „Autokephalie" und „Heterokephalie" vorgeschlagen (M. WEBER).

§ 45. Monarchie und Republik.

A. Dreiteilung oder Zweiteilung der Staatsformen.

Die Frage, wie die Staatsformen einzuteilen seien, steht unter dem Zeichen des Gegensatzes zwischen der Dreiteilung der antiken Staatstheorie: Monarchie, Aristokratie, Demokratie, und der Zweiteilung der modernen: Monarchie und Republik. Sieht man in dem Begriff der Republik nur eine Zusammenfassung von Demokratie und Aristokratie, also der nicht monarchischen Staatsformen, dann ist der Unterschied nicht wesentlich. Allein es scheint, daß bei der antiken Dreiteilung mehr die Tendenz zum Realtypus, bei der modernen Zweiteilung mehr die

Tendenz zum Idealtypus vorherrscht. Die eine will sichtlich in der Fülle der positiven Verfassungen markante Grenzlinien ziehen, und darum läßt sich so auch ihre Dreizahl beliebig vermehren. Daß dabei die Anzahl der die Herrschaft ausübenden Menschen zur Grundlage genommen wird, ist ein im Prinzip richtiger, wenn auch noch nicht ganz korrekt ausgedrückter Gedanke. Die Beziehung der Normunterworfenen zur Normerzeugung tritt dabei noch nicht ganz deutlich in den Vordergrund, obgleich gerade diese Beziehung in der politischen Theorie der Antike eine bedeutende Rolle spielt. In ihr ruht ja der ganze antike Freiheitsbegriff. Die moderne Zweiteilung sucht offenbar ein grundlegendes systematisches Prinzip. Allein sie bleibt auf halbem Wege stehen. Im Begriff der Republik verfällt sie wieder dem Realtypus. Und so wird nach dieser Einteilung ein Staat, dessen Gesetzgebung ein auf Grund des allgemeinsten und gleichsten Wahlrechts gewähltes Parlament behauptet, bloß weil einem erblichen Organe, dem sogenannten Monarchen, ein möglicherweise nur suspensives Veto gegen die Gesetzesbeschlüsse des Parlamentes zusteht, als Monarchie, einem Staate als Republik entgegengesetzt, in dem die Legislative und Exekutive einer kleinen Gruppe von Personen überantwortet ist, die als Repräsentanten einer aristokratischen oder plutokratischen Schicht auftreten. Und dieser Staat fällt unter dieselbe Kategorie wie die unmittelbare Demokratie! Richtig ist an der modernen Zweiteilung, daß die Verschiedenheit der Staatsformen auf einen fundamentalen Gegensatz zweier Typen zurückzuführen ist. Fehlerhaft, die Reihe der positiven Verfassungen durch einen Schnitt in zwei Teile zu trennen. Vielmehr muß man sich darauf beschränken, bei jedem positiven Staat den Grad festzustellen, bis zu welchem er sich dem einen oder dem anderen Idealtypus nähert, jede positive Verfassung — was ja schon von verschiedenen Autoren wiederholt betont wurde — als eine Mischung entgegengesetzter Organisationsprinzipien zu erkennen. Nur daß man sich dabei bewußt sein muß, was freilich meist übersehen wird, daß das festzustellende Mischungsverhältnis für die verschiedenen Schichten der Normerzeugung einer und derselben Staatsordnung keineswegs dasselbe sein muß. So kann z. B. auf einer vorwiegend demokratischen Organisation der Gesetzgebung eine durchaus autokratische Vollziehung ruhen und auch innerhalb der verschiedenen Stufen der Vollziehung ebenso wie innerhalb ihrer verschiedenen Richtungen kann das demokratische mit dem autokratischen Prinzipe wechseln.

B. Einfaches oder zusammengesetztes Organ als Träger der „höchsten Gewalt".

Schon wegen der einander durchkreuzenden Tendenzen, die dem Begriffsgegensatz „Monarchie und Republik" zugrunde liegen, ist es nicht zu verwundern, daß es bisher nicht gelungen ist, ein sicheres Kriterium zu finden, nach dem die beiden von der herrschenden Lehre als Grundformen angesprochenen Rechtstypen voneinander unterschieden werden können. Obgleich immer wieder die Forderung nach einem solchen Kriterium erhoben und die verschiedensten Versuche gemacht wurden, es zu finden. Dabei handelt es sich — bei der durchaus negativen Bedeutung des Begriffs der Republik — stets nur darum, das der Monarchie wesentliche Moment aufzuzeigen. Die verhältnismäßig verbreitetste Anschauung ist die, daß in der Monarchie der höchste Wille oder die höchste Gewalt des Staates einem einzelnen Menschen, also einem einfachen Organ, zustehen muß, während in der Republik sich darin bald eine größere, bald eine kleinere Zahl von Menschen, ein Kollegium, teilen, die höchste Gewalt also einem zusammengesetzten Organ zusteht. Welcher „Wille" oder welche „Gewalt" im Staate die höchste sei, darüber herrscht eine gewisse Unklarheit. Der „Wille", der in der Monarchie der eines einzelnen Menschen ist, muß rechtlich der höchste, nämlich von keinem anderen Willen abgeleitet sein. Schon daraus geht hervor, daß dieser Wille nicht — wie die Theorie

annimmt — ein physisch-psychischer sein kann. Der „Wille", der abgeleitet oder von dem ein anderer Wille abgeleitet werden kann, kann nur eine Norm sein. Und das Urteil: daß der höchste Wille der des Monarchen sei, kann — sofern es eben ein juristisches Urteil ist — nur bedeuten, daß ein Einzelmensch als Monarch die oberste normsetzende Autorität sei, daß — gemäß der Grundnorm — die Satzung der Normen der höchsten Stufe durch einen einzelnen Menschen zu erfolgen habe. Das aber ist der Idealtypus der Autokratie, nicht irgendein Realtypus. Vor allem paßt diese Begriffsbestimmung nicht auf jene Monarchie, auf die es der traditionellen Lehre vor allem ankam, die sogenannte konstitutionelle Monarchie. Denn hier ist oberste normsetzende Autorität nicht ein einzelner Mensch, sondern der Monarch in Verbindung mit dem Parlament. Das Gesetz als höchste Stufe der Rechtsordnung kann nur durch übereinstimmende Willensäußerung der Parlamentsmehrheit und des Monarchen zustande kommen. Beide sind rechtlich gleichwertige Bedingungen, weil eine nicht ohne die andere das Gesetz bewirken kann. Es ist nun überaus bezeichnend für die politischen Tendenzen der Theorie, daß sie sich bemüht, den Idealbegriff der reinen Autokratie für den Realtypus der Monarchien überhaupt zur Anwendung zu bringen. Zu diesem Zwecke muß sie den Bereich der Rechtsbegriffe verlassen und zur Terminologie der Gewalt greifen, hinter der ebenso das rein faktische Moment der tatsächlichen Macht in den Vordergrund geschoben, wie der Übergang von dem formalen Kriterium höchster Norm zu materiellen Machtbefugnissen vollzogen werden kann. Daß der Monarch die höchste Gewalt im Staate haben müsse, wobei darunter jene verstanden wird, die den Staat „in Bewegung setzt und erhält", kann offenbar nicht im Sinne einer Darstellung positiven Rechtes wahr sein, soll aber im Sinne der diese Theorie vertretenden Staatsrechtslehre auch dort wahr werden, wo — wie in der konstitutionellen Monarchie — von positiven Rechts wegen Parität zwischen Monarch und Parlament gestiftet ist.

C. „Freie" Verfügung des Monarchen über gewisse Kompetenzen.

Es wäre eine bloß terminologische Frage, ob zum Wesen des Monarchen gewisse Kompetenzen wie Gesetzessanktion, Repräsentanz nach außen, Entscheidung über Krieg und Frieden, Heeresbefehl, Beamtenernennung usw. gehören, wenn nicht die monarchische Theorie solche Kompetenzen einem als „Monarch" angesprochenen Organ ohne Rücksicht auf den Inhalt der positivrechtlichen Verfassung zusprechen würde. Es ist eine offenkundige politische Tendenz, wenn die als wesentliches Merkmal des Monarchen behauptete höchste Gewalt in die oben bezeichneten Kompetenzen dadurch hineingedeutet wird, daß diese als wesentlich „freie", vom Gesetz inhaltlich nicht bestimmte, sondern nur begrenzte Tätigkeit charakterisiert wird. Sicherlich ist hinsichtlich Gesetzgebung, Staatsvertragschließung, Kriegserklärung usw. nicht das „Wie", nur das „Daß" in der Verfassung ausgesprochen. (Vgl. S. 244f.) Allein alle diese Akte kann in der konstitutionellen Monarchie der — hier zu Unrecht so genannte Monarch, das heißt: Alleinherrscher — nur in Verbindung mit dem Parlament oder den verantwortlichen Ministern — meist nur in Verbindung mit beiden — setzen. Im Widerspruch zu den klaren Bestimmungen der Verfassungen hat die monarchistische Theorie den Monarchen als den alleinigen Gesetzgeber erklärt, die ihm von der Verfassung übertragene Zustimmung zu den Gesetzesbeschlüssen des Parlamentes, die Sanktion, als den Gesetzgebungsakt schlechthin, als die angeblich allein relevante Erteilung des Gesetzesbefehls, das Gesetz also ausschließlich als Wille des Monarchen, die Funktion des Parlamentes aber lediglich als eine Mitwirkung bei der Bestimmung des Gesetzesinhalts gedeutet. Und ebenso hat man entgegen der unzweideutigen Norm der Verfassung, die alle Staatsakte des konstitutionellen Monarchen an die Gegenzeichnung eines verantwortlichen Ministers knüpft, den Monarchen also außerstande setzt, irgendeinen verbindlichen Rechtsakt allein zu setzen, sohin dem Monarchen den Minister in der Vollziehung

koordiniert, die Theorie von der Unterordnung des Ministers unter den Monarchen verbreitet. Die sich nicht einmal darauf stützen kann, daß der Monarch den Minister ernennen und absetzen kann. Denn wo dem Monarchen diese Kompetenz eingeräumt und nicht durch den Einfluß des Parlaments auf die Berufung der Minister eingeschränkt ist, kann der konstitutionelle Monarch auch die Akte der Minister-Ernennung und Absetzung nur im Verein mit einem gegenzeichnenden Minister setzen. So steht es um das als Wesen des Monarchen behauptete „freie Befehlsrecht". Angesichts solcher das positive Recht vergewaltigender, offenkundig politischen Bedürfnissen dienender Konstruktionen der Theorie ist es nicht verwunderlich, wenn diese sich sogar zu der Behauptung verstieg, daß auch in der konstitutionellen Monarchie die gesamte Staatsgewalt potentiell im Monarchen enthalten sei. Hier erhält der rechtstheoretisch notwendige Gedanke der Einheit des Staates eine jeden naturrechtlichen Mißbrauch ermöglichende Wendung.

D. Das „eigene" Recht des Monarchen auf seine Stellung.

Naturrechtlich ist auch die Theorie, die als wesentliches Merkmal des Monarchen, das ihn von allen ähnlichen Organen anderer Staatsformen unterscheiden soll, ein „eigenes" Recht auf seine Funktion, ein „eigenes" Recht auf Herrschaft behauptet. Schon in der Annahme eines subjektiven Rechtes auf Funktion steckt der dem Gegensatz von objektivem und subjektivem Recht zugrunde liegende Dualismus eines dem objektiven als positivem Rechte gegenüberstehenden, mit ihm konkurrierenden Normensystems. In der Vorstellung eines „eigenen" Rechtes tritt dieser Dualismus unverhüllt zutage. Denn daß das Recht des Monarchen auf Herrschaft ein „eigenes" Recht sei, kann nur bedeuten, daß dieses Recht nicht aus der positiven Rechtsordnung, nicht aus der Verfassung abgeleitet, nicht auf die Einheit der Rechtsordnung zu beziehen, dem Staate nicht zuzurechnen sei, von dem alle anderen subjektiven Rechte abgeleitet sein müssen, um überhaupt Geltung zu haben; daß es zum Unterschied von allen anderen Rechten ein ursprüngliches Recht sei, über das demgemäß die Verfassung und die auf ihr gegründete Rechtsordnung nicht so verfügen könne wie über die anderen Rechte. Diese Theorie ist der Versuch, die Stellung des Monarchen dem stets veränderlichen, weil nach seinem eigenen Gesetz abänderbaren positiven Recht zu entziehen, ihm eine überrechtliche Weihe zu geben. Es ist die gleiche Technik, die ja auch in der Idee des wohlerworbenen, durch Änderungen des objektiven Rechts nicht entziehbaren Privatrechtes, des „unverletzlichen" Eigentumsrechtes, dieser Rechtstheorie einer besitzenden Klasse, auftritt. (Vgl. S. 162.)

E. Die theokratische Staatstheorie.

Wenn das Recht des Monarchen auf seine spezifischen Funktionen als „eigenes" und „ursprüngliches" Recht bezeichnet wird, so ist damit zwar die Ableitung desselben aus der Quelle des positiven Rechtes, nicht aber aus einer anderen, dieser gegenüber höherwertigen Quelle abgelehnt. Die Lehre vom eigenen Recht des Monarchen ist nur die moderne Einkleidung der uralten, schon den primitivsten Sozialtheorien eigenen Vorstellung von dem göttlichen Ursprung des Herrschers. In primitiven Zuständen *glauben* die Menschen, daß die Ordnung ihres Zusammenlebens, die generellen wie die individuellen Normen, nicht menschliches Produkt sind. Sie halten sie für göttlichen oder magischen Ursprunges. Allein diese Normen sind dennoch Produkte der Menschen selbst. Die *generellen* Normen entstehen durch gewohnheitliche, dem einzelnen nicht ins Bewußtsein dringende Bildung; die individuellen aber sind die konkreten Entscheidungen und Befehle des Häuptlings oder Priesters, die dieser fälschlich — wenn auch in gutem Glauben — als Äußerungen einer göttlichen oder magischen Kraft ausgibt. Die Erzeugung der sozialen Ordnung ist somit auch hier nur eine Funktion der Gemeinschaft beziehungsweise des

Staates selbst, obgleich man sie für eine Funktion der Gottheit oder einen Zauber hält. Der überirdische Ursprung der Norm wird im Bewußtsein des Primitiven zur Vorstellung der göttlichen Natur oder des göttlichen Ursprungs des Herrschers. Weil aber der Herrscher entweder Gott selbst oder göttlicher Abstammung oder sonst ein mit Gott unmittelbar in Verbindung und somit ein von den normunterworfenen Menschen grundverschiedenes Wesen ist, holt er sein Recht nicht wie diese aus der positiven Rechtsordnung, sondern aus sich selbst oder seinem göttlichen Ahnherrn oder der Gottheit, deren auserwähltes Werkzeug, deren Stellvertreter er ist. Das ist die Ideologie der Theokratie, die heute nicht so sehr ein spezieller Staatstypus als vielmehr eine — antipositivistische — Staatstheorie ist, eine Staatstheorie, die sich noch deutlich in der Staatsrechtslehre der konstitutionellen Monarchie geltend macht. Aber auch in ihrer gesetzlichen Phraseologie, so wenn der Monarch als Herrscher „von Gottes Gnaden" auch in den Rechtsakten dieser Ordnung selbst bezeichnet wird.

F. Die patriarchalische und die patrimoniale Staatstheorie.

Ebensowenig wie die Theokratie — in der ja nicht Gott, sondern Menschen herrschen, die behaupten, als Söhne oder Werkzeuge Gottes zu herrschen — sind das sogenannte Patriarchat und der sogenannte Patrimonialstaat besondere Staatsformen oder Staatstypen, sondern nur politische Staatstheorien, deren offenkundiger Zweck nicht ist, den Staat zu begreifen, sondern die Herrschaft bestimmter Menschen durch Gehorsam erzeugende Vorstellungen zu verstärken. Im ersteren Fall wird der Herrscher als Vater und das Verhältnis der Untertanen als Kindschaft dargestellt. Eine deutliche Scheidung der patriarchalischen von der theokratischen Theorie ist kaum möglich, da ja die Gottheit selbst als Vater auftritt. Da der Vater das Grunderlebnis und sohin das Urbild aller Autorität ist, ist die patriarchalische Staatstheorie sozusagen die Urtheorie vom Staate. (Vgl. S. 24.) Sie ist juristisch der naivste Ausdruck des Verhältnisses zu einer übergeordneten Autorität und zugleich die modernste Erkenntnis von der psychologischen Natur aller sozialen Bindung, sofern diese auf das Vatererlebnis zurückgeführt wird. Darum kann man ja auch die das Vaterverhältnis repräsentierende Monarchie als die Urform der Gesellschaft überhaupt bezeichnen, und das erklärt auch die Tatsache, daß die monarchische Staatsform während des weitaus größten Teils der uns bisher bekannten Geschichte der Menschheit entschieden das Übergewicht hatte.

Die patrimoniale Staatsauffassung, die im Monarchen den Eigentümer des Staatsgebietes und der auf ihm lebenden Menschen sieht, ist auch nur eine durch die Analogie zum Privateigentum modifizierte Wendung der theokratisch-patriarchalischen Theorie. Wie man Gott die ganze Welt, den Vater alle Güter des täglichen Bereiches besitzen sieht, so läßt man den König alles besitzen, worauf sich die königliche Herrschaft, das ist die staatliche Ordnung, bezieht. Das Schiefe dieser primitiven Analogie bedarf keines besonderen Nachweises. Nur aus der Mentalität besitzender Bauern und Grundherren, denen das Eigentum eine mit höchstem Affekt betonte Vorstellung war, konnte sie entspringen. Darum ist es ja auch nicht zu verwundern, daß sie von den gelehrten Juristen des XVII. und XVIII. Jahrhunderts ernst genommen und zum Inhalt wissenschaftlicher Theorie gemacht wurde. Diese ist von der modernen Staatslehre nicht so wesentlich verschieden. Das „eigene" Recht des Monarchen ist eben ein Eigentumsrecht. Daß es mit dem eine „ausschließliche" Herrschaft über die Sache begründenden Privateigentum in Konflikt kam, das die Rechtstheorie auch für heilig erklären mußte, war eine Schwierigkeit, der die Wissenschaft durch die Konstruktion eines Obereigentums, als welches die dem König zustehende staatliche Herrschaft erklärt wurde, und eines Untereigentums, als welches das Privateigentum auftrat, auswich. Die moderne Wissenschaft pflegt über die logische Unzulänglichkeit dieses geteilten Eigentums

die Nase zu rümpfen. Aber hat sie nicht selbst die Theorie von der im Bundesstaat zwischen Ober- und Gliedstaat geteilten Souveränität ausgeheckt?

G. Das zwischen Monarch und Staat „geteilte Recht".

Gerade in der Theorie des Monarchenrechtes hat die moderne Staatslehre manche Blüte getrieben, die logisch keine geringere Kuriosität ist als die Konstruktion eines Ober- und Untereigentums. Auf der einen Seite will sie, vom Gedanken der Einheit des Rechts gedrängt, den Monarchen als Organ des Staates, d. h. aber seine Funktion alle Rechtsfunktion begreifen. Darin liegt zweifellos ein bedeutsamer Fortschritt der auf reine Erkenntnis zielenden Theorie. Auf der anderen Seite aber lassen politische Rücksichten, das Bestreben, die monarchische Stellung möglichst zu stärken, sie an der alten Vorstellung von dem eigenen Rechte des Monarchen festhalten. Die Anschauung von der Organstellung des Monarchen ist aber schlechthin unvereinbar mit der Lehre vom eigenen Recht auf Herrschaft. Denn den Monarchen als Staatsorgan begreifen, heißt seine Funktion als durch die positive Rechtsordnung bestimmt begreifen, und sohin diese Funktion, als Rechtsfunktion, auf die Einheit der Rechtsordnung beziehen, von der die monarchische Stellung unabhängig zu machen, die Tendenz der Lehre vom eigenen Recht des Monarchen auf seine Funktion ist. Dieser Widerspruch ist der Theorie keineswegs unbewußt geblieben. Aber nichts ist bezeichnender als der Weg, auf dem sie ihn auszugleichen versucht. Die Funktionen, die der Monarch versieht, sind Staatsfunktionen, der Staat ist das Subjekt dieser Rechte: Gesetze zu geben, Beamte zu ernennen, Staatsverträge zu schließen usw. Denn der Monarch, der diese Akte setzt, ist Staatsorgan. Aber der Monarch hat auch ein „eigenes Recht" auf diese Funktion. Also ist das Recht auf diese Akte zwischen dem Monarchen und dem Staat geteilt. Dabei knüpft diese Konstruktion an ältere deutsch-rechtliche Theorien an (nicht etwa an älteres deutsches Recht, wie man mitunter meint). Und die Vorstellung eines geteilten Rechtes ist tatsächlich in dem Sinne möglich, daß ein und dasselbe Recht mehreren Menschen zusteht, sofern die übereinstimmende Willensäußerung dieser Menschen in der spezifischen Weise der Berechtigung als Bedingung für die Geltendmachung des Rechtes gesetzt ist. Das Unmögliche der Konstruktion eines zwischen dem Staat und einem Menschen geteilten Rechts liegt aber darin, daß Staat und Mensch nicht in demselben Sinne Subjekt eines Rechtes sind und daher auch nicht in die Rechtssubjektivität sich teilen können. Daß der Staat Subjekt eines Rechtes sei, bedeutet, daß ein Recht, das natürlich nur ein Mensch ausüben, daß ein Tatbestand, der natürlich nur eine menschliche Handlung sein kann, auf die Einheit der Rechtsordnung bezogen, dem Staate zugerechnet wird. Daß ein Mensch ein Recht habe, bedeutet, daß ein menschliches Verhalten in bestimmter Weise Inhalt einer Rechtsnorm ist. Die Vorstellung eines zwischen Staat und Monarch geteilten Rechtes bedeutet demnach den flagranten Widerspruch, daß die vom Monarchen zu setzenden Tatbestände — als Rechte des Staates — dem Staate zuzurechnen und zugleich — als „eigene" Rechte des Monarchen — dem Staate nicht zuzurechnen seien.

H. Erblichkeit und Unentziehbarkeit der monarchischen Funktion.

Die Vorstellung von dem eigenen Rechte des Monarchen auf seine Stellung müßte sich — im Widerspruch freilich zu ihrem Begriff — positivrechtlich legitimieren, um im Bereich einer Staatslehre, die Theorie des positiven Staates sein will, Bestand haben zu können. Von einem „eigenen" Rechte im Sinne eines nicht aus der positiven Verfassung abgeleiteten Rechtes könnte natürlich keine Rede sein. Doch wäre es denkbar, daß die rechtsinhaltliche Bestimmung der monarchischen Stellung diese von der Stellung aller anderen Organe spezifisch unterscheidet: so daß die

Bezeichnung „eigenes Recht des Monarchen" nur ein unzutreffender Ausdruck für eine besondere positivrechtliche Gestaltung der monarchischen Stellung wäre. Tatsächlich findet sich auch eine derartige Tendenz in der herrschenden Lehre. Fragt man, worin sich das sogenannte „eigene Recht" des Monarchen positivrechtlich ausdrückt, so sind es zwei Momente, auf die immer hingewiesen wird. Zunächst die Erblichkeit der monarchischen Stellung. Darunter ist zu verstehen, daß nach dem Tode des Monarchen einer seiner Deszendenten — meist nach dem Prinzipe der Primogenitur, um Teilung zu verhindern, und unter Ausschluß oder Hintanstellung der Frauen — in der Stellung nachfolgt. Fraglich ist schon, ob Erblichkeit überhaupt für den Begriff der Monarchie wesentlich sei. Die Terminologie zumindest spricht auch von Wahlmonarchie. Die Verlegenheit, in die die ganze Staatsformenlehre gerät, wenn ein auf Lebensdauer gewähltes Staatsoberhaupt als König oder Kaiser bezeichnet und mit den beim Monarchen sonst üblichen Ehrenvorzügen bekleidet wird, zeigt deutlich die Wertlosigkeit der ganzen auf den Gegensatz von Monarchie und Republik abgestellten Begriffsbildung. Vor allem aber ist zu bedenken, daß der Idee der reinen Autokratie, der sich der Realtypus der Monarchie nähert, nicht eigentlich die Erblichkeit, sondern der Grundsatz entspricht, daß der Monarch seinen Nachfolger selbst frei bestimmt. Indes selbst zugegeben, daß für den Realtypus des Monarchen die Erblichkeit der Stellung charakteristisch sei, so mag dies — wegen der Analogie zum frei vererblichen Eigentum — die Vorstellung eines subjektiven Rechtes des Monarchen ja nahe legen. Allein so sehr auch die Erblichkeit der Stellung die subjektiven Interessen des Monarchen berücksichtigt, so stellen die bezüglichen Normen doch nur eine objektive Berufungsordnung dar. Und so sehr diese Berufungsordnung rechtsinhaltlich dem Privatgüter-Erbrecht ähnlich sein mag, ein „eigenes" Recht in dem spezifischen Sinne gewährt sie keinesfalls.

Das andere Moment, das man für gewöhnlich als Kriterium des eigenen Rechtes des Monarchen anführt, ist der Umstand, daß eine Verfassungsänderung und insbesondere eine die persönliche Rechtsstellung des Monarchen betreffende Verfassungsänderung nicht ohne seine Zustimmung möglich ist. Angenommen sogar, daß solcher Rechtsinhalt zum Realtypus der Monarchie gehört, — es ist ein erbliches Staatsoberhaupt denkbar, das nur ein suspensives Veto gegen Gesetzesbeschlüsse des Parlamentes, gegen verfassungsändernde Beschlüsse aber überhaupt kein Einspruchsrecht hat — so gilt doch das gleiche auch für das Parlament, ohne dessen Beschluß keine seine Stellung betreffende Verfassungsänderung — weil überhaupt keine Verfassungsänderung — möglich ist. Aber auch anderen Organen kann die Zustimmung zu den ihre Stellung betreffenden Verfassungsänderungen eingeräumt sein, und ist in modernen Verfassungen auch tatsächlich eingeräumt (z. B. der Länderkammer im Bundesstaat). Kann darum von einem „eigenen" Rechte des Parlamentes oder anderer Organe auf ihre Stellung die Rede sein?

§ 46. Die Monarchie.

A. Despotie und absolute Monarchie.

Selbst bei demjenigen Realtypus, der der Idee der Autokratie noch am nächsten steht, der sogenannten Despotie, bietet sich einer auf den immanenten Sinn dieser Staatsordnung gerichteten Betrachtung keine Möglichkeit, dem Herrscher eine Stellung außerhalb der von ihm gesetzten Ordnung zuzuerkennen, worauf ja die Theorie vom „eigenen" Recht des Monarchen hinausläuft. Die politische Tendenz, dem Monarchen möglichste Ermessensfreiheit und Sicherheit zu wahren, gerät hier mit der Forderung der Logik in Konflikt. Wie soll der despotische, das heißt: gänzlich unbeschränkt herrschende Monarch als solcher ohne jede Beziehung zu der staatlichen Ordnung begriffen werden, wenn er „Monarch" nur in Beziehung auf die staatliche Ordnung ist? Schon darin allein liegt die Notwendigkeit, ihn als Organ

dieser Ordnung, das heißt eben als in einem Wesensbezug zur Einheit dieser Ordnung beziehbar vorzustellen. Es ist daher ein Ungedanke, daß der Herrscher irgendeines staatlichen Gemeinwesens, irgendeiner durch Zwangsordnung konstituierten sozialen Gruppe nicht deren ,,Organ" wäre. Gerade dadurch sucht man allerdings die Despotie zu charakterisieren, daß man den Organcharakter des Despoten — zum Unterschied vom Monarchen in der beschränkten und unbeschränkten Monarchie — leugnet. Es ist offenbar ein politischer Begriff des Organs, dessen man sich bedient, und es ist offenbar eine politische Fiktion, die im Interesse der bestehenden unbeschränkten und beschränkten Monarchien gegen die gleichen Staatsformen der Vergangenheit ausgespielt wird. Der Despot soll darum nicht Staatsorgan sein, weil er die Herrschaft nicht im Interesse der Beherrschten, sondern im eigenen Interesse ausübt. Allein von diesem Standpunkte aus sind alle bisherigen Staaten Despotien gewesen, soferne eben die Herrschaft — nach Anschauung der Beherrschten — stets nur im Interesse der Herrschenden ausgeübt wurde. Das ist ja das Wesentliche der gerade in diesem Punkte durchaus zutreffenden Kritik, die die sozialistische Theorie an dem historischen Staate geübt hat. Und dabei hat es noch keine Herrschaft gegeben, bei der die Herrschenden ihre Stellung nicht durch die Behauptung zu legitimieren versucht hätten, daß sie nur oder vornehmlich oder auch im Interesse der Beherrschten tätig seien. Das tut schon der Häuptling der primitivsten Horde, und nur vermittels dieser Ideologie werden die Vielen zum Gehorsam gegen den Einen veranlaßt. Ob solche Behauptung der Herrscher auch wahr ist? Wer könnte das entscheiden?

Organ des Staates ist der Despot, sofern er die Normen jener Ordnung setzt, ohne die von einem Staate und sohin einer Staatsform keine Rede sein könnte. Daß er dieser Ordnung im Sinne pflichtmäßiger Gebundenheit nicht selbst unterworfen ist, ändert nichts an seinem Organcharakter. Dieser besteht in seiner Bestimmung zur Normsetzung, und diese Bestimmung geht keineswegs nur von der vorausgesetzten Grundnorm, sondern in der historischen Despotie stets auch von gesatzten, aus älterer Vorzeit überkommenen Normen positiven Rechtes aus. Auch liegt in der Regel keine völlige Exemption von der Verpflichtung durch positive Rechtsordnung vor, sondern stets gilt der Despot auch durch gewisse Rechtssätze — speziell religiösen Inhalts — pflichtmäßig als gebunden. Vollends sinnlos ist die Behauptung, daß in der Despotie keine Rechtsordnung bestehe, sondern Willkür des Despoten herrsche. Ganz abgesehen davon, daß die historischen Tatsachen das Gegenteil beweisen, daß alle uns bekannten, speziell auch die altorientalischen Despotien eine sehr differenzierte Rechtsordnung aufweisen, der Despot stets und überall als Gesetzgeber, als Rechtserzeuger, Rechtsautorität aufgetreten und als solcher in den Augen seiner Untertanen gegolten hat — wie wäre denn die Berufung auf den göttlichen Ursprung mit Rechtlosigkeit zu verbinden? — stellt doch auch der despotisch regierte Staat irgendeine Ordnung menschlichen Verhaltens dar, weil ja ohne eine solche Ordnung überhaupt kein Staat, ja überhaupt keine Gemeinschaft möglich, kein Mensch als Herrscher, König, Fürst qualifizierbar wäre. Diese Ordnung ist eben die Rechtsordnung. Ihr den Charakter des Rechts absprechen, ist nur eine naturrechtliche Naivität oder Überhebung. Sonderlich wenn dies mit der Begründung geschieht, daß die Untertanen der Despotie rechtlos, im Sinne von ,,ohne subjektive Berechtigung" und alle Sklaven seien. Abgesehen davon, daß es schwer fallen dürfte, historisch einen solchen Zustand nachzuweisen, denn die uns bekannten Despotien zeigen zumindest auf dem Gebiete des Güterrechtes eine ganz ähnliche Technik wie das römisch-rechtliche und moderne Aktionensystem, haben das Institut des Eigentums und anderer subjektiver Vermögensrechte. Selbst wenn es an jeder Berechtigung fehlte, wenn nur Rechtspflichten der Untertanen statuiert wären — und an deren Bestand ist doch nicht zu zweifeln — muß die Despotie als Rechtsordnung gelten. Die Identifikation einer bestimmten Technik des Rechtes mit dem Rechte schlechthin ist eine ganz unpositivistische Denkweise. Die Vor-

stellung, daß in der Despotie nackte Willkür herrsche, macht aus dieser Staatsform die Anarchie. Es ist eine Vorstellung, die dem absoluten Monarchen des XVIII. Jahrhunderts, der nicht gern mit dem altorientalischen Despoten verglichen werden wollte, schmeicheln sollte. Was als Willkür gedeutet wird, ist nur die rechtliche Möglichkeit des Autokraten, jede Entscheidung an sich zu ziehen, die Tätigkeit der untergeordneten Organe bedingungslos zu bestimmen und einmal gesetzte Normen jederzeit mit allgemeiner oder nur besonderer Geltung aufzuheben oder abzuändern. Ein solcher Zustand ist ein Rechtszustand, auch wenn er als nachteilig empfunden wird. Doch hat er auch seine guten Seiten. Der im modernen Rechtsstaat gar nicht seltene Ruf nach Diktatur zeigt dies ganz deutlich. Daß aber in der Despotie tatsächlich auch ordnungswidrig vorgegangen wird, unterscheidet diese Staatsform durch nichts von anderen. Aus all dem geht hervor, daß es unmöglich ist, zwischen der Staatsform der Despotie und jener der absoluten und unbeschränkten Monarchie zu unterscheiden. Das gilt insbesondere auch hinsichtlich eines Punktes, den man gerne als Differenz zwischen beiden hervorzuheben pflegt: die Bildung eines festen Beamtenrechtes, an dem die Willkür des Monarchen eine gewisse Schranke findet. Indes zeigen auch die historischen Typen der Despotie eine stetig zunehmende Fülle von — freilich nur als Diener des Monarchen angesehenen — Organen, deren Kompetenzen in territorialer wie sachlicher Hinsicht differenziert werden. Die Notwendigkeit, für die Berufung, Absetzung, Besoldung usw. dieser Beamten eine feste Ordnung zu setzen, ergibt sich in demselben Maße als das beherrschte Gebiet und Volk wächst; und im Interesse des Herrschers selbst, der sich auf einen treuen, an seiner Herrschaft interessierten Beamtenstab stützen muß. Bemerkenswert für die unbeschränkte Monarchie des XVIII. Jahrhunderts ist jedenfalls die Tatsache, daß sich allmählich eine bestimmte Gruppe von Organen der bedingungslosen Bestimmung durch den Monarchen entzieht. Straf- und Zivilgerichtsbarkeit d. i. die Bestrafung der schwereren, Leben, Gesundheit, Ehre, Eigentum der Menschen unmittelbar verletzenden Delikte und die Entscheidung von vermögensrechtlichen Streitigkeiten zwischen den Untertanen, löst sich von der übrigen Vollziehung und wird allmählich unabhängig, zumal das Interesse des Monarchen nach dieser Richtung nicht sonderlich engagiert ist.

B. Lehensmonarchie und ständische Monarchie.

Ebenso wie die Despotie, die absolute oder unbeschränkte Monarchie nicht mehr die Form eines modernen Kulturstaats ist gehören auch gewisse Formen der beschränkten Monarchie nur mehr der Geschichte an. So die Lehensmonarchie, der sogenannte Feudalstaat, und die ständische Monarchie. Die Darstellung ihres realen Tatbestandes wird meist getrübt durch die den verschiedensten politischen Zwecken dienenden mehr oder weniger naiven Theorien, die zeitgenössische Autoren von diesen sozialen Gebilden aufstellen. Daß diese Theorien auf die Gestaltung der positiven Ordnung dieser Staaten wieder zurückgewirkt haben, ist nur geeignet, die Deutung zu komplizieren. Die Lehensmonarchie charakterisiert sich durch eine eigentümliche pyramidenförmige Organisation: an der Spitze der Monarch als oberster Lehensherr — Obereigentümer alles Grund und Bodens — ihm unmittelbar unterstellt die Fürsten als oberste Lehensträger, diesen wieder deren Lehensmänner untertan usw. Die Beschränkung des Monarchen besteht darin, daß er unmittelbar nur gegenüber den höchsten Lehensträgern Befehlsgewalt hat, daß die staatliche Hoheit nur stufenweise an die Masse der grundbesitzlosen Rechtsunterworfenen herankommt. Ein kompliziertes System von Delegationen zur Rechtssetzung reicht vom Monarchen bis zum kleinsten Grundherrn heran. Doch handelt es sich dabei vornehmlich nur um individuelle Rechtssetzung, die Erzeugung der generellen Rechtsnormen geschieht grundsätzlich gewohnheitsmäßig. Die Staatsordnung ist ihrem wesentlichen Inhalt nach nur Gerichts- und Heeresordnung.

Die ständische Monarchie, die sich aus dem Lehensstaate entwickelt, zeigt als oberste normsetzende Autorität — auch hier handelt es sich hauptsächlich nur um individuelle Rechtssetzung, die generelle ist noch der gewohnheitsmäßigen Bildung überlassen — einen erblichen oder auf Lebensdauer gewählten Monarchen in Verbindung mit den Ständen, das ist der Versammlung des hohen Adels, des hohen Klerus und den Repräsentanten gewisser bevorrechteter Gruppen: des kleinen grundbesitzenden Adels und der Bürger in den Städten. Für gewisse Belange stehen dem Monarchen wie den Ständen selbständige Kompetenzen zu. Doch sind beide auch nach diesen Richtungen als Organe des Staates zu betrachten. Es ist nicht leicht, sich heute ein einheitliches Bild der Organisation des ständischen Staates zu machen, schon darum, weil diese Organisation zu fortwährenden Konflikten zwischen den Ständen und dem Monarchen Anlaß bot und über den Umfang der beiden zustehenden Kompetenzen ewiger Streit war, gefördert durch den Mangel beurkundeter, von besonderen Organen bewußt gesetzter genereller Normen; doch kann der allgemein verbreiteten Theorie vom ständischen Staat nicht beigepflichtet werden, derzufolge dieser jeder Einheit entbehrt haben soll. Es heißt die gegen das positive Recht gerichteten machtpolitischen Bestrebungen der beiden Parteien an Stelle des immanenten Sinns der ständischen Staatsordnung setzen, wenn behauptet wird, in der ständischen Monarchie hätten Monarch und Stände je ein eigenes, aus keiner einheitlichen Rechtsordnung abgeleitetes Recht auf Herrschaft gehabt, die Stände wie der Monarch hätten beide nur ihr Recht vertreten, seien also keine Staatsorgane, das heißt Organe eines einheitlichen Staates gewesen, der ständische Staat sei wesentlich durch einen Dualismus zweier auf keine gemeinsame höhere Autorität beziehbarer, keiner gemeinsamen Norm unterworfener Mächte charakterisiert. Denn dann wäre der ständische Staat nicht ein Staat, sondern zwei Staaten gewesen und es wäre schlechterdings unverständlich, wie von Deutschland oder Frankreich in der Zeit ihrer ständischen Verfassung als von einem Staate gesprochen werden könnte. Der unbezweifelbare Dualismus muß an irgendeinem Punkte der ständischen Staatsorganisation rechtlich überwunden sein, irgendwie muß auch der ständische Staat in eine gemeinsame Spitze münden, und wäre dies auch nur eine Grundnorm, die die Rechtssetzungskompetenz auf zwei koordinierte Autoritäten verteilt und sachlich gegeneinander abgrenzt. Indes dürfte sich bei einiger Mühe solche Norm auch als positiver Rechtssatz nachweisen lassen. Im übrigen wird ja allgemein anerkannt, daß für die entscheidenden staatlichen Funktionen ein Zusammenwirken beider Faktoren im Sinne der positiven Verfassung des Ständestaates normiert war.

C. Die konstitutionelle Monarchie.

1. Das autokratische Element. a) Entstehung aus der absoluten Monarchie. Der auch heute noch bedeutsame Typus der beschränkten Monarchie ist die „konstitutionelle“. Ihrem Namen nach: die verfassungsmäßige Monarchie, jene Monarchie, die auf einer Konstitution, d. h. einer Verfassung beruht. So sollte sie gegenüber der absoluten Monarchie charakterisiert werden, als ob diese nicht auch auf einer Konstitution oder Verfassung beruhte, als Staatsform ja gar nichts anderes als eine bestimmte Konstitution oder Verfassung wäre. In dieser Terminologie macht sich das demokratische Naturrecht bemerkbar, das im Kampf gegen die Autokratie als Recht oder Staat nur die unter Teilnahme der Normunterworfenen erzeugte Ordnung, als Staatsverfassung oder Konstitution schlechthin nur eine solche gelten läßt, die zumindest an der Gesetzgebung das Volk oder eine Volksvertretung beteiligt. Wiederum wird dasjenige, was von einem bestimmten ethisch-politischen Standpunkte aus als die beste Gestaltung der staatlichen Ordnung erscheint, als das Wesen des Staates überhaupt hingestellt und in demselben Maße, als es gelingt, diese Meinung zu verbreiten, werden wirksame Motive für die Umgestaltung des positiven

Staates in dem erwünschten Sinne geschaffen. Revolution als traditioneller Barrikadenkampf zwischen den Soldaten des Monarchen und dem Volke ist, sofern sie siegreich ist, nur die äußere Begleiterscheinung einer Wandlung in der Ideologie der Menschen. Das ist auch der Weg, auf dem der Übergang von der absoluten Monarchie des XVIII. Jahrhunderts zur konstitutionellen des XIX. erfolgte. Dabei wurde sogar von seiten des absoluten Monarchen nicht selten der Versuch gemacht, dem allgemeinen politischen Druck in der Form einer legalen Verfassungsänderung nachzugeben und so die Kontinuität zwischen der absoluten und konstitutionellen Verfassung im positivrechtlichen Sinne, damit aber das Grundprinzip, nämlich die Grundnorm der absoluten Monarchie, ihre Verfassung im rechtslogischen Sinne zu wahren. Das ist der Fall, wenn die „Konstitution" — wie man zu sagen pflegte — dem Volk vom Monarchen geschenkt oder „oktroyiert", d. h. wenn durch ein Gesetz des absoluten Monarchen bestimmt wird, daß die Erzeugung der generellen Rechtsnormen in Hinkunft durch einen vom Monarchen zu sanktionierenden Beschluß der Volksvertretung zu erfolgen habe. Im Gegensatz dazu steht jene „Konstitution", die als Beschluß einer nach der bisherigen Verfassung illegitimen Versammlung von Volksvertretern, also unter Verletzung der bisherigen Verfassung der absoluten Monarchie, unter Bruch der Rechtskontinuität, im eigentlichsten Sinne des Wortes revolutionär zustande kommt. Denn in ersterem Falle beruht die neue Verfassung, vermittelt durch das Gesetz des absoluten Monarchen, auf der alten Verfassung und findet ihren letzten Geltungsgrund in der Ursprungsnorm, die den absoluten Monarchen zur obersten normsetzenden Autorität beruft. Dieser schränkt die ihm unbeschränkt eingeräumte gesetzgebende Gewalt selbst und freiwillig zugunsten des Volkes ein. Fraglich bleibt dabei nur, ob eine solcherweise begründete konstitutionelle Monarchie rechtlich durch einen einseitigen Willensakt des Monarchen wieder in eine absolute Monarchie verwandelt werden, der Monarch seine Selbstbeschränkung allein wieder aufheben kann.

b) Der Monarch als Gesetzgeber. Aus dieser — mehr oder weniger klar erkannten — rechtslogischen Situation glaubte die staatsrechtliche Theorie auch materiell-rechtliche Konsequenzen ziehen zu können, die in der positiven Verfassung der konstitutionellen Monarchie keinen Halt finden. Obgleich in den oktroyierten wie in den vom Volk sich selbst gegebenen Verfassungen konstitutioneller Monarchien die Funktion der Gesetzgebung als der Erzeugung genereller Normen als solche und sohin in ihrer Gänze vorbehaltlos auf ein in der Verbindung von Monarch und Parlament bestehendes Organ übertragen wurde, versuchte man aus dem Faktum der Selbsteinschränkung des Monarchen den Bestand eines irgendwie dem Monarchen allein vorbehaltenen Gesetzgebungsrechtes, einer ursprünglichen primären Befugnis zur Erlassung genereller Normen zu erschließen, die soweit gehe, als der Monarch nicht ausdrücklich auf das alleinige Gesetzgebungsrecht verzichtet habe. Solches Normgebungsrecht des Monarchen nahm man für Gebiete in Anspruch, deren sich die Gesetzgebung, d. i. der sanktionierte Parlamentsbeschluß, noch nicht bemächtigt hatte. Da der Begriff des „Gesetzes" dem sanktionierten Parlamentsbeschluß vorbehalten, die auf Grund und in Durchführung der „Gesetze" von den Organen der Exekutive erlassenen generellen Normen als „Verordnungen" bezeichnet wurden, sprach man von einem Recht des Monarchen, Verordnungen praeter legem zu erlassen. Und ebenso deduzierte man ein allgemeines Recht, im Falle eines Versagens des Parlamentes, bei einem — allerdings nach Ermessen des Monarchen zu beurteilenden — Notstande das Gesetz supplierende Verordnungen zu erlassen. Doch wurde die Befugnis zu solchen Notverordnungen dem Monarchen auch häufig positivrechtlich eingeräumt.

Aus dieser autokratischen Ideologie stammt auch der bereits erwähnte Versuch, das Gesetz in der konstitutionellen Monarchie — im offenen Widerspruch zu der positiven Rechtslage — nur als Wille des Monarchen gelten zu lassen, die Mitwirkung

des Parlaments aber als eine bloße Beteiligung an der Erstellung des Gesetzesinhalts zu deuten. Diese Anschauung drückt sich auch in der — positivrechtlich nicht begründeten — Praxis der Gesetzeskundmachung aus. Zwar ist dem Monarchen in der Verfassung meist mit dem Recht der Sanktion, das ist der Zustimmung zu den Gesetzesbeschlüssen des Parlaments, die Aufgabe übertragen, das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes zu beurkunden (Promulgation), und die Kundmachung des Gesetzes zu veranlassen. Allein daraus folgt nicht, daß der Monarch berechtigt wäre, das Gesetz als seinen Befehl etwa mit den Worten: Ich ordne an, Ich verordne usw. zu publizieren, was allerdings in der Regel geschieht.

Das autokratische Element in der Verfassung der konstitutionellen Monarchie wird wesentlich gemildert, wenn dem Monarchen den Gesetzesbeschlüssen des Parlaments gegenüber kein Sanktions-, sondern ein bloßes Vetorecht eingeräumt wird. Das Gesetz kommt hier — von einer eventuellen Promulgation und Publikation durch den Monarchen abgesehen — ohne dessen positive Mitwirkung zustande. Der Monarch kann sein Zustandekommen nur verhindern oder gar nur verzögern, wenn das dem Monarchen eingeräumte Veto kein absolutes, sondern nur ein suspensives ist, d. h. wenn der Gesetzesbeschluß des Parlamentes, trotz des Vetos des Monarchen, im Falle seiner einmaligen oder mehrmaligen Wiederholung Gesetz wird. Eine besonders hervorzuhebende Möglichkeit besteht darin, daß dem Monarchen zwar im allgemeinen ein Sanktions- oder Vetorecht eingeräumt ist, daß dagegen Verfassungsänderungen der Sanktion nicht bedürfen oder auch von jedem Veto unabhängig sind.

c) Der Monarch als Chef der Vollziehung. Gestützt auf das Dogma von der Trennung der Gewalten, nicht aber auf das positive Verfassungsrecht behauptete die staatsrechtliche Theorie des Konstitutionalismus den Monarchen als den alleinigen Inhaber der Exekutive. Indes ist nach den Verfassungen aller konstitutioneller Monarchien eine ganze Kategorie von Exekutivakten, nämlich die sogenannte Gerichtsbarkeit, jeder Ingerenz des Monarchen entzogen und den — eben darum — „unabhängigen“ Gerichten übertragen. Aber auch auf dem Gebiete der Verwaltung sind nur ganz besondere Akte dem Monarchen selbst vorbehalten, wie: Abschluß von Staatsverträgen, Repräsentation nach außen, Ernennung von Staatsbeamten, Verleihung von Titeln und Würden, Begnadigung u. dgl. Im übrigen sind durch den Instanzenzug und die Ressorteinteilung die Akte der Verwaltung gesetzlich anderen Organen übertragen, die allerdings innerhalb ihres Ressorts den Ministern unterstellt sind. Diese sind jedoch keineswegs — wie dies von der konstitutionellen Theorie behauptet wird — dem Monarchen weil gehorsamspflichtig untergeordnet, sondern, wie bereits in anderem Zusammenhange gezeigt, rechtlich koordiniert, soferne eben kein Befehl des Monarchen an den Minister möglich ist, ohne daß der bezügliche Akt des Monarchen vom Minister selbst gegengezeichnet, das heißt aber: mitgesetzt wird. Daran ändert nichts, daß der Monarch es ist, der die Minister ernennt und entläßt, denn auch dieser Akt bedarf der Gegenzeichnung von Ministern. Indem die Verfassung der konstitutionellen Monarchie alle Akte des Monarchen an die Mitwirkung eines verantwortlichen Ministers bindet, beschränkt sie die exekutive Kompetenz des Monarchen ebenso wie sie seine legislative beschränkt hat, indem sie diese nur zusammen mit anderen Organen rechtswirksam ausüben läßt. Dadurch, daß die Minister für die Gesetzmäßigkeit ihrer Akte in der konstitutionellen Monarchie dem Parlament verantwortlich sind, ist die Exekutive indirekt auch durch das Parlament beschränkt. Und indem auch die legislativen Akte des Monarchen an die Gegenzeichnung von verantwortlichen Ministern gebunden sind, ist die Beschränkung des Monarchen auf diesem Gebiete rechtlich sogar eine doppelte. Daß die Beschränkung des Monarchen sich mitunter faktisch wenig fühlbar macht, sein tatsächlicher Einfluß stärker ist als jener der ihm rechtlich koordinierten Faktoren, ist im Rahmen der konstitutionellen Monarchie ebenso möglich wie das umgekehrte Verhältnis. Es ist üblich, nur im ersteren Fall von einer konstitutionellen Monarchie,

im letzteren aber von einer „parlamentarischen" zu sprechen. Doch handelt es sich in beiden Fällen nur um zwei verschiedene Wirkungsmöglichkeiten innerhalb der Ordnung eines und desselben Rechtstypus.

d) Unverantwortlichkeit des Monarchen und Gegenzeichnung verantwortlicher Minister. Die Bindung aller Akte des Monarchen an die Gegenzeichnung verantwortlicher Minister soll in der Verfassung der konstitutionellen Monarchie die aus dem Bereich der Autokratie stammende verfassungsmäßig statuierte Unverantwortlichkeit des Monarchen paralysieren. Diese besteht darin, daß jede strafbehördliche Verfolgung des Monarchen ausgeschlossen ist, sonst strafbare Tatbestände, wenn sie der Monarch setzt, ihren Deliktscharakter verlieren. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Monarchen bleibt in der Regel wenigstens grundsätzlich bestehen, doch kann sie meist nur vor einem besonderen Gerichte geltend gemacht werden. Daß die Person des Monarchen in den Verfassungen konstitutioneller Monarchien auch als „geheiligt" bezeichnet wird, ist ein rechtlich bedeutungsloser phraseologischer Rest der theokratischen Auffassung. Die in der Regel ausgesprochene „Unverletzlichkeit" bedeutet einen erhöhten, nämlich in verschärften Strafen sich äußernden Rechtsschutz des Lebens und der Ehre des Monarchen. — Im Gegensatz zu dem unverantwortlichen Monarchen steht der Minister, an dessen Gegenzeichnung alle Akte des Monarchen gebunden sind, unter Verantwortlichkeit. Verantwortlich ist er dem Parlament, und zwar für die Gesetzmäßigkeit seiner Rechtsakte, einschließlich der zusammen mit dem Monarchen gesetzten Akte. Dem Parlament steht somit die Rechtskontrolle darüber zu, ob sein als Gesetz geäußerter Wille von den Ministern vollzogen wird. Nur als höchste Vollzugsorgane, als Chefs der einzelnen Verwaltungsressorts sind die Minister dem Parlament verantwortlich. Jede Gehorsamspflicht und daher Unterordnung einem höheren Organ gegenüber wäre mit der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Minister unvereinbar. Die Ministerverantwortlichkeit wird durch einen Anklagebeschluß des Parlamentes geltend gemacht, über den entweder ein besonderes Gericht oder das Parlament selbst durch Urteil entscheidet. Das Urteil ist im Schuldfalle eine Straferkenntnis, spezifische Strafen: Dienstentlassung, Verlust politischer Rechte usw. (Vgl. S. 286.)

e) Parlament und Regierung. Diese das Prinzip der Gewaltentrennung offenbar durchbrechende Kontrolle der Legislative über die Exekutive kann sich nicht bloß auf die Gesetzmäßigkeit, sondern auch auf die politische Zweckmäßigkeit der Regierungsakte beziehen. Diesem Ziele dient das Recht der Parlamentsmitglieder, die Minister zu interpellieren und durch Resolutionen ihre Wünsche hinsichtlich der Richtung der Regierungstätigkeit auszudrücken. Auch ist in der Regel dem Parlament die Befugnis eingeräumt, durch besondere Ausschüsse einzelne Verwaltungsangelegenheiten zu untersuchen (parlamentarisches Enqueterecht). Doch entbehrt diese sogenannte „politische Kontrolle" der Regierung meist jeder rechtlichen Sanktion. Faktisch allerdings kann der Einfluß des Parlamentes so stark sein, daß die Regierung, sobald sie das Vertrauen des Parlaments verloren hat, zur Demission gezwungen ist. Bei solcher Machtlage kann der Monarch von vornherein nur jene Personen zu Ministern ernennen, die das Vertrauen des Parlamentes, d. h. der jeweiligen Parlamentsmehrheit besitzen. Die Minister treten als Vertrauensmänner des Parlamentes ins Kabinett, ob sie dann selbst Parlamentsmitglieder sind oder nicht, spielt eine untergeordnete Rolle. Dies ist die Situation der vorerwähnten „parlamentarischen" Monarchie.

Die Abhängigkeit der Regierung von dem Parlamente wird dadurch noch verstärkt, daß die Verfassung der konstitutionellen Monarchie dem Parlament die Befugnis einräumt, den von der Regierung alljährlich aufzustellenden Staatshaushaltsplan, das ist eine Gegenüberstellung der Einnahmen und Ausgaben für das kommende Finanzjahr, zu bewilligen. Der Sinn dieser Budgetbewilligung kann nur der sein,

daß die Regierung nicht ermächtigt ist, ohne sie die — im übrigen auf Gesetzen beruhenden — Einnahmen und Ausgaben zu machen, die diese Einnahmen und Ausgaben begründenden Gesetze zu vollziehen. Allerdings hat die konstitutionelle Theorie — meist im Widerspruch zum Wortlaut der Verfassung — versucht, die Bedeutung der parlamentarischen Budgetbewilligung dadurch herabzusetzen, daß sie die Einhebung der auf Gesetz beruhenden Einnahme und die Leistung der auf Gesetz beruhenden Ausgaben auch ohne Bewilligung des Parlaments für rechtmäßig und nur die persönliche Verantwortung der Minister für gegeben erklärte. Auflösung des Parlamentes und Versuch, von dem neugewählten Parlament die Budgetbewilligung zu erlangen, betrachtet man als die dem konstitutionellen Prinzip entsprechende Konsequenz der ein Mißtrauensvotum für die Regierung bedeutenden Verweigerung; während Demission der Regierung in diesem Falle als Symptom parlamentarischer Monarchie angesehen wird.

Gleichwie das Budgetbewilligungsrecht steht dem Parlament nach den Verfassungen der konstitutionellen Monarchie, soferne eine allgemeine Wehrpflicht besteht, das Recht zu, die Zahl der alljährlich auszuhebenden Rekruten zu bewilligen.

f) Gesetzgebung und Vollziehung. Das persönliche Verhältnis der Minister zu dem Parlamente entspricht der sachlichen Beziehung, die in der konstitutionellen Monarchie grundsätzlich zwischen Gesetzgebung und Vollziehung besteht. Alle Akte der Vollziehung können rechtlich nur auf Grund von Gesetzen ergehen. Und sofern die Satzung genereller Rechtsnormen nur in Form des Gesetzes, das ist des sanktionierten Parlamentsbeschlusses erfolgen kann, sind Verordnungen, nämlich generelle Rechtsnormen, die von der Exekutive ausgehen, nur in näherer Durchführung von Gesetzen kraft allgemeiner verfassungsmäßiger oder besonderer gesetzlicher Delegation möglich. Die schon in anderem Zusammenhange erwähnte Möglichkeit von Verordnungen praeter legem ist positivrechtlich nicht begründet. Ebenso nicht die von der staatsrechtlichen Theorie des Konstitutionalismus beliebte Unterscheidung von Rechts- und Verwaltungsverordnung, derzufolge die letztere, weil nur Staatsorgane verpflichtend, keine eigentlichen Rechtsnormen enthalten soll und daher auch ohne gesetzliche Ermächtigung erlassen werden dürfe (vgl. S. 237).

Die Theorie der sogenannten Verwaltungsverordnung ist jedoch nur eines von zahlreichen Symptomen einer ganz allgemeinen Tendenz der konstitutionellen Doktrin, die Exekutive überhaupt von der Bindung durch das — nur im Verein mit der Volksvertretung zustande zu bringende — Gesetz zu befreien und — im Widerspruch zu der positivrechtlichen Verfassung — der alleinigen Verfügung des Monarchen bzw. seiner Minister zuzuschieben. Dieser Tendenz entspringt die — bereits in anderem Zusammenhange (vgl. S. 244f.) erwähnte — Lehre von dem Unterschied zwischen „Regierung" und Verwaltung, welch letztere allein mehr oder weniger gesetzlich gebunden sei, während die erstere — dem Monarchen und seinen Ministern unmittelbar vorbehalten — eine vom Gesetz freie, durch das Gesetz gar nicht bestimmbare Tätigkeit sei: wobei Kriegserklärung und Kriegführung, Vorbereitung und Abschluß von Staatsverträgen, Bestimmung der Richtung der inneren Verwaltung und ähnliches die Akte sind, die unter „Regierung" verstanden werden. Wie bereits früher gezeigt, ist dieser Versuch, die nur formale Bindung dieser Akte zu ignorieren, darum so bezeichnend, weil dadurch der verfassungsrechtlich höchst wichtige Gedanke verdrängt werden soll, daß auch die sogenannte Regierungstätigkeit bei all ihrer für das Wohl und Weh der Untertanen so bedeutsamen Freiheit der Exekutive nur auf gesetzlicher bzw. verfassungsmäßiger Delegation beruht und durch Gesetz, d. h. durch einen vom Monarchen sanktionierten Beschluß der Volksvertretung jederzeit anders geordnet werden kann. Im übrigen zeigt sich diese Tendenz, die Exekutive möglichst als gesetzfrei zu charakterisieren, nicht nur bei den Akten der sogenannten Regierung — bei denen wenigstens in materieller Hinsicht die positivrechtlich eingeräumte weite Ermessensfreiheit vorliegt — sondern bei allen Akten der Verwal-

tung überhaupt. Hier sei an die bereits in anderem Zusammenhange erwähnte, für die Staatsrechtstheorie der konstitutionellen Monarchie so bezeichnende Lehre von der nicht auf Gesetz beruhenden „eigenen" rechtlichen Kraft des Verwaltungsaktes erinnert. (Vgl. S. 88, 242f.)

g) Die Gerichtsbarkeit. Verhältnismäßig am stärksten ist das Prinzip der Trennung der Gewalten in den Verfassungen der konstitutionellen Monarchien in bezug auf das Verhältnis der Gerichtsbarkeit zu den anderen Staatsfunktionen durchgeführt. Die verfassungsmäßig ausgesprochene Unabhängigkeit der Gerichte wird in der Regel noch dadurch garantiert, daß die Richter auf Lebensdauer oder doch bis zu einer gesetzlichen Altersgrenze ernannt und nur auf Grund eines richterlichen Urteils abgesetzt werden können. Allerdings steht die Ernennung der Richter in der Regel dem Monarchen in Verbindung mit dem verantwortlichen Ressortminister zu. Auch durch das dem Monarchen eingeräumte Recht der Begnadigung gerichtlich Verurteilter und der Niederschlagung strafgerichtlicher Verfolgung (Abolition) ist ein nicht unerheblicher Einfluß der Regierung auf die Gerichtsbarkeit gewährt. Indem die Gerichte bei ihrer Tätigkeit nur an das Gesetz, nicht aber an — generelle oder individuelle — Anordnung vorgesetzter Behörden gebunden sind, entzieht ihnen die Verfassung das Recht, die Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Was als Gesetz kundgemacht ist, muß als solches vom Richter angewendet werden, gleichgültig ob die sonstigen Vorschriften der Verfassung über das Zustandekommen von Gesetzen beobachtet wurden oder nicht. Die Nichtbeobachtung dieser Bestimmungen steht lediglich unter der Sanktion der Verantwortlichkeit der den Akt der Promulgation kontrasignierenden Minister. Der Mangel des Gesetzesprüfungsrechtes wird mit unter mit dem Prinzip der Trennung der Gewalten gerechtfertigt, was jedoch kaum angeht. Dagegen steht den Gerichten in der Regel das Recht zu, Verordnungen auf ihre Gesetzmäßigkeit zu prüfen, und im Falle sie sie für gesetzwidrig erkennen, den anhängigen Fall so zu entscheiden, als ob die gesetzwidrige Verordnung nicht erlassen worden wäre, das heißt: sie für den konkreten Fall als nichtig zu behandeln. (Vgl. S. 291, 294.)

2. Das demokratische Element: das Parlament. Indem die Berufung der Organe der Exekutive — und zwar der Verwaltung sowohl wie der Gerichtsbarkeit — in der konstitutionellen Monarchie grundsätzlich durch Ernennung von seiten des Monarchen erfolgt, trägt die Organisation der Vollziehung hier einen ausgesprochen autokratischen Charakter. Nur in der untersten Instanz — der Gemeinde — findet das demokratische Prinzip in Form der Selbstverwaltung Eingang. Ebenso macht es sich auf dem Gebiete der Gerichtsbarkeit in der Institution der Geschworenen- und Schöffengerichte einigermaßen geltend. Verhältnismäßig am stärksten tritt das demokratische Element innerhalb der konstitutionellen Monarchie im Parlament auf. Dieses gliedert sich in einer für die konstitutionelle Monarchie typischen Weise in zwei Kammern, von denen nur die eine, das Unterhaus, die Volkskammer oder das Haus der Abgeordneten genannt, vom Volke gewählt, als Volksvertretung überhaupt angesprochen werden kann, während die Zusammensetzung der anderen, des Ober- oder Herrenhauses, der Pairskammer, entweder direkt oder indirekt vom Monarchen bestimmt wird, aber auch soweit dies nicht der Fall ist nur solchen Gesellschaftsgruppen politischen Ausdruck gibt, die dem monarchisch-dynastischen Interesse nahe stehen. Neben den Mitgliedern des Herrchershauses sind die Häupter der alten, grundbesitzenden Adelsfamilien, die Nachkommen der Feudalherren, erbliche Mitglieder des Oberhauses, in dem auch der hohe Klerus in irgendeiner Form vertreten ist, und in das der Monarch nach seinem Ermessen verdiente Männer auf Lebenszeit ernennen kann. Diese werden meist aus Heer und Bürokratie genommen und bewähren sich als besonders sichere Stützen des Throns. Besteht das Parlament ausnahmsweise nur aus einer Kammer, dann kann diese in ihrer Zusammensetzung Elemente eines Unterhauses mit denen eines Oberhauses verbinden.

Auch in der Volkskammer der konstitutionellen Monarchie tritt das demokratische Prinzip keineswegs rein hervor. Das zeigt sich in dem verhältnismäßig weitgehenden Einfluß, der dem Monarchen auf die Tätigkeit dieser Kammer zusteht. Wenn er auch nicht immer das Recht hat, das Präsidium des Unterhauses — so wie das des Oberhauses — zu ernennen, so steht ihm doch die Einberufung, Vertagung, ja sogar die Auflösung des Hauses und die Anordnung der Neuwahl zu. Der Grad, bis zu welchem das Parlament der konstitutionellen Monarchie dem demokratischen Prinzip entspricht, hängt aber vor allem von dem Wahlsystem ab, auf Grund dessen das Haus der Abgeordneten gebildet wird. Die historische Entwicklung zeigt hier ein verhältnismäßig langsames Fortschreiten von den Formen eines beschränkten und für verschiedene Volksschichten ungleichen, zu denen eines allgemeinen und gleichen Wahlrechtes. Die Prinzipien dieser Wahlsysteme sowie die Fragen der Organisation der Volksvertretung sind jedoch in jenem Zusammenhange zu erörtern, in dem die Realtypen der Demokratie dargestellt werden.

§ 47. Die Republik.

A. Die Aristokratie.

Von den beiden Staatsformen, die unter dem Begriff der Republik — als dem Inbegriff aller nichtmonarchischen Staatsformen — zusammengefaßt werden, kommt die Aristokratie heute nicht mehr in Betracht. Ihr Merkmal ist, daß Gesetzgebung und Vollziehung einer verhältnismäßig kleinen Gruppe, sei es unmittelbar oder mittelbar durch gewählte oder sonstwie berufene Organe zusteht. Je nachdem, ob die politisch allein berechtigte, das heißt an der Bildung des Staatswillens, der Rechtserzeugung beteiligte Gruppe ein bevorrechteter Berufsstand wie Priester oder Krieger oder ein Geburtsstand des Adels oder eine bevorrechtete Klasse von Besitzenden ist, pflegt man die Aristokratie einzuteilen und mit verschiedenen Namen wie Timokratie, Plutokratie usw. zu bezeichnen. Ist die Zahl der Regierenden eine sehr geringe und tritt dabei das Moment der Standes- oder Klassenherrschaft in den Hintergrund, spricht man von Oligarchie. Dieser Typus nähert sich schon stark dem der Autokratie. Auf der anderen Seite bezeichnet man häufig schon als Demokratie, was noch eine aristokratische Klassenherrschaft ist. So die antike Demokratie, bei der die Zahl der politisch berechtigten Aktivbürger gegenüber der Masse der an der staatlichen Willensbildung nicht beteiligten Normunterworfenen infolge der Sklavenwirtschaft verhältnismäßig nur sehr klein war.

B. Die Demokratie.

1. Die unmittelbare Demokratie. Die antike Demokratie (Griechenlands und Roms) war eine unmittelbare, soferne der staatliche Wille unmittelbar von den versammelten Bürgern durch Mehrheitsbeschluß erzeugt wurde. Solche Staatsform findet sich auch anderwärts, speziell in primitiven Verhältnissen und dabei nicht selten noch vor Durchsetzung des Majoritätsprinzipes, so daß die Beschlüsse der Volksversammlung — wie bei den Germanen — grundsätzlich einstimmig gefaßt werden müssen. Doch ist diese Form der Willensbildung, da in solchem Zustand die generellen Rechtsnormen meist gewohnheitsmäßig erzeugt werden, auf gewisse besonders prominente Akte der Vollziehung: Gerichtsurteile, Häuptlingswahl, Kriegsbeschluß usw. beschränkt. Für die Kriegführung selbst gilt in der Regel ein streng autokratisches Prinzip. Auch wo die Volksversammlung mit Stimmenmehrheit ihre Beschlüsse faßt, ist unmittelbare Demokratie nur für kleine Gemeinwesen und wenig differenzierte Kulturverhältnisse möglich. Daher kommt diese

Staatsform auch heute kaum mehr praktisch in Betracht. Wo sie heute wenigstens grundsätzlich besteht — wie in einzelnen kleinen Schweizer Kantonen — kann die Verfassung nicht auf ein wenigstens zu stellvertretender Gesetzgebung berufenes Parlament, also ein Organ mittelbarer Gesetzgebung verzichten und steht das so eingeschränkte Prinzip der Unmittelbarkeit für die Erzeugung genereller Normen und gewisse politisch bedeutsame Akte der Vollziehung wie Wahl der Funktionäre, Budgetbewilligung usw. in Geltung.

2. Die mittelbare, repräsentative Demokratie. Fortschreitende Differenzierung der sozialen Verhältnisse führt notwendig wie auf allen Gebieten so auch auf dem der staatlichen Willensbildung oder Rechtserzeugung zur Arbeitsteilung. Die Funktion der Gesetzgebung und Vollziehung geht von der Masse der Normunterworfenen auf einzelne Individuen oder Gruppen über. Der Wille zur politischen Freiheit oder Selbstbestimmung beschränkt sich auf die Berufung der arbeitsteilig funktionierenden Staatsorgane durch die Normunterworfenen. Macht sich das Gleichheitsprinzip stärker geltend als der Freiheitsgedanke, tritt an Stelle der Wahl das Los als Ausleseprinzip. Stets aber wird dieser Übergang der Funktion und der damit notwendig verbundene Übergang der Macht vom Volk auf einzelne Organe innerhalb einer grundsätzlich demokratischen Ideologie in dem Gedanken der Repräsentation verhüllt; das Organ wird als Repräsentant, als Vertreter des Volkes bezeichnet, in der Funktion des Organs der Wille des Volkes selbst, im Organ das Volk gesehen und so die Fiktion aufgestellt, als ob das Volk diese seine ihm irgendwie ursprünglich und unveräußerlich anhaftende Funktion trotz deren Übergang auf das arbeitsteilig funktionierende Organ weiter behalten würde.

Der Gedanke, daß das Parlament als der vom Volke gewählte Gesetzgebungskörper das Volk repräsentiere, ein Vertreter oder, wie man auch sagt, ein Organ des Volkes sei, das selbst wieder als Organ des Staates gilt, dieser Grundgedanke der politischen Ideologie der mittelbaren oder repräsentativen Demokratie ist eine Täuschung, die bereits in anderem Zusammenhange aufgezeigt wurde. (Vgl. S. 310ff.) Aus diesem seien hier die beiden die Repräsentationstheorie zur Fiktion stempelnden Tatsachen in Erinnerung gebracht, die nicht nur die Verfassung der konstitutionellen Monarchie, sondern auch der parlamentarisch-demokratischen Republik charakterisieren: erstlich, daß das Volk als solches von jeder Gesetzgebungsfunktion ausgeschlossen ist, diese Funktion vielmehr ausschließlich dem Parlament übertragen ist; der konstitutionellen Monarchie wie der parlamentarischen Republik ist im allgemeinen Volksinitiative und Referendum (vgl. S. 356) fremd. Dann aber, daß gerade in den Verfassungen der konstitutionellen Monarchie und der parlamentarisch-demokratischen Republik das Prinzip des sogenannten freien Mandates, das Verbot von Instruktionen der Wähler für die Tätigkeit der Abgeordneten besonders betont wird; daß das „freie Mandat“ geradezu mit der konstitutionellen Monarchie entstanden ist. Daß der Abgeordnete nicht Vertreter der Individual- oder Parteiinteressen seiner Wähler, sondern Organ des staatlichen Gesamtinteresses sei, wird in der konstitutionellen Staatstheorie gelegentlich hervorgehoben. Doch ist man sich nicht genügend bewußt, daß damit die Auffassung des Parlamentes als eines Repräsentativorgans des Volkes unvereinbar ist. Wie unabhängig im übrigen die Fiktion der Volksrepräsentation von der Tatsache ist, daß das Organ, das diese Fiktion für sich in Anspruch nimmt, vom Volk berufen wird, zeigt sich in der gleichfalls schon früher erwähnten Tatsache, daß sich auch ausgesprochen autokratische Organe dieses Mittels bedienen, um ihre Herrschaft im Sinne der auch in der Autokratie mächtigen Ideologie der Volkssouveränität zu rechtfertigen. Wie die absoluten Monarchen sich zu allen Zeiten gern als die Diener ihres Volkes bezeichnet haben, ebenso beansprucht auch jede Teilgruppe, sofern sie zur Herrschaft kommt oder kommen will, als Repräsentantin der ganzen Gesellschaft angesehen zu werden; wie man ja auch das Majoritätsprinzip durch die Fiktion zu legitimieren

sucht, daß die Mehrheit auch die Minderheit — zwar gegen deren wirklichen, nicht aber gegen ihren „wahren", vernünftigen Willen — repräsentiere.

C. Die Wahlsysteme.

Indem das demokratische Prinzip für den Fall, daß die Gesetzgebung nicht unmittelbar durch das Volk sondern durch das vom Volk gewählte Parlament besorgt wird, nur mehr in der Wahl des Parlamentes zum Ausdruck kommt, ist für den Grad der Verwirklichung der Demokratie das Wahlsystem entscheidend.

1. Allgemeines und beschränktes Wahlrecht. Je nach seinem Umfange ist das Wahlrecht ein beschränktes oder allgemeines. Gewisse Schranken ergeben sich aus der Natur der Wahlfunktion selbst. So ein Mindestalter und der normale Gebrauch der Vernunft. Kinder und Geisteskranke muß selbst die extremste Demokratie von der Wahl ausschließen. Allgemein üblich ist auch der Ausschluß von bestraften Verbrechern und — wenn auch nicht ausnahmslos — von Staatsfremden; bis vor kurzem und wohl in vielen Staaten auch heute noch der von Frauen. Obgleich durch die Beschränkung des Wahlrechtes auf Männer zumindest die Hälfte des ganzen Volkes von der Beteiligung an der Staatswillensbildung ausgeschlossen wird, sieht man darin keine eigentliche Gefährdung des demokratischen Prinzips. Offenbar unter der nicht mehr ganz bewußten Voraussetzung, daß Frauen keine vollwertigen Menschen seien. Als undemokratisch gilt dagegen, das Wahlrecht an eine bestimmte Steuerleistung, an einen Bildungsgrad, Kenntnis von Lesen und Schreiben, Absolvierung von Normalschulen usw., an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Nation oder Konfession zu binden, oder bestimmte Berufe wie Geistlichkeit, Militär usw. auszuschließen. Eine mitunter sehr bedeutsame, aber recht unscheinbare Einschränkung besteht in der Bedingung einer gewissen Seßhaftigkeit an dem Orte der Wahl. Ebenso wie das aktive Wahlrecht oder die Wahlfähigkeit, soll vom demokratischen Standpunkte aus auch das sogenannte passive Wahlrecht, die Wählbarkeit möglichst allgemein, d. h. nicht an Bedingungen geknüpft werden, die nur von einem Teil der Menschen erfüllt werden können. Im allgemeinen sind die Bedingungen der Wahlfähigkeit dieselben wie die der Wählbarkeit. Nur pflegt man für die letztere eine höhere Altersgrenze, eventuell auch längere Dauer im Besitz der Staatsbürgerschaft vorzuschreiben.

2. Gleiches und ungleiches Wahlrecht. Der demokratischen Idee entspricht die Forderung nach Gleichheit des Wahlrechtes. Sie bedeutet, daß alle Wähler mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluß auf das Wahlresultat haben sollen, daß das Gewicht aller Stimmen dasselbe sei. Die Gleichheit des Stimmgewichtes kann direkt oder indirekt beeinträchtigt sein. Direkt, wenn den Wählern bestimmter Kategorie mehr Stimmen eingeräumt werden als anderen, so wenn etwa bei allgemeinem Wahlrecht Wählern, die direkte Steuern bezahlen, eine zweite und bei höherer Steuerleistung eine dritte und vierte Stimme gegeben, bzw. deren Stimmen zwei-, drei- oder vierfach gezählt werden. Man nennt dies ein Pluralwahlsystem. Die Pluralität der Stimmen kann an die verschiedensten Voraussetzungen gebunden werden. Die Ungleichheit der Wahl kann die Bedeutung der Allgemeinheit — die dabei formell weiterbestehen kann — völlig vernichten, indem sie den Einfluß weiter Wählerschichten mehr oder weniger zu nullifizieren vermag. Die Technik des Pluralwahlsystems gliedert die Wählerschaft in mehrere Gruppen oder Klassen, deren Mitglieder eine verschiedene Zahl von Stimmen erhalten. Das gleiche Resultat ist zu erzielen, indem jeder dieser Klassen eine bestimmte Zahl von Abgeordneten zu wählen übertragen wird, die Zahl der von einer Klasse zu wählenden Abgeordneten aber in einem umgekehrten Verhältnis zur Zahl der Wähler dieser Klasse steht. Ist das Stimmgewicht gleich dem Verhältnis zwischen der Zahl der zu wählenden Abgeordneten und der Zahl der Wähler, dann ist es in den verschiedenen Klassen je nach diesem Verhältnis verschieden.

Auf indirektem Wege wird die Ungleichheit des Wahlrechts auch bei der Einteilung des Wahlgebietes in Wahlkreise bewirkt. Der einfachste Fall ist der, daß das Gebiet zum Zwecke der Wahl in ebenso viele Kreise gegliedert wird, als Abgeordnete zu wählen sind. Die Wahlberechtigten jedes Wahlkreises — der Wahlkörper — wählen je einen Abgeordneten. Den Wahlakt setzt somit der Wahlkörper als Ganzes, nicht der einzelne Wähler, der nur abstimmt und mit seiner Abstimmung nur einen Teilakt der Wahlfunktion setzt. Soll das Wahlrecht gleich sein, müssen alle Wahlkörper gleich groß sein, d. h. die gleiche Zahl von Wahlberechtigten enthalten. Durch die Bildung verschieden großer Wahlkörper kann das Stimmgewicht in den verschiedenen Wahlkreisen sehr verschieden sein.

3. Öffentliches und geheimes, direktes und indirektes Wahlrecht; Einer- und Listenwahl. Je nach der Art der Stimmabgabe unterscheidet man zwischen öffentlicher und geheimer, mündlicher und schriftlicher Wahl. Die geheime und schriftliche, die mittels verschlossenem Stimmzettel erfolgende Wahl ist heute allgemein üblich. Wahl durch Kugelung, das ist das Abwerfen einer Kugel in die einem bestimmten Kandidaten gewidmete Urne, kommt für Wähler größerer Vertretungskörper praktisch kaum in Betracht. Hat der Wähler nur einen Kandidaten zu bezeichnen, spricht man von Einerwahl, hat er in einem Akt für eine Mehrheit von Personen zu stimmen, von einer Listenwahl. Kann der Wähler jede ihm beliebige Person — vorausgesetzt, daß sie wählbar ist — bezeichnen oder die Liste, für die er zu stimmen hat, nach seinem Belieben zusammenstellen, ist die Wahl eine freie, und man spricht speziell von einer freien Liste. Kann dagegen der Wähler nur für bestimmte, wahlbehördlich anerkannte Kandidaten oder Listen stimmen, ist die Wahl eine gebundene, und man spricht speziell von gebundener oder starrer Liste. Die Wahl ist direkt, wenn der Wähler unmittelbar den zu wählenden Abgeordneten bezeichnet, indirekt, wenn erst sogenannte Wahlmänner gewählt werden müssen, die ihrerseits dann den Abgeordneten wählen.

4. Mehrheits- und Verhältniswahlrecht. Die bedeutsamste Unterscheidung der Wahlsysteme bezieht sich auf die Bedingung, unter der die Person, für welche Stimmen abgegeben wurden, als gewählt zu gelten hat. Der Demokratie scheint zunächst das Mehrheitsprinzip zu entsprechen. Als gewählt hat zu gelten, wer die Mehrheit aller gültig abgegebenen Stimmen auf sich vereinigt. Dabei muß gerade von einem demokratischen Standpunkt die absolute Mehrheit, d. h. mehr als die Hälfte aller gültigen Stimmen gefordert werden. Wenn — was ja der Normalfall ist — mehr als zwei Kandidaten sich um die Wahl bewerben oder mehr als zwei Parteien im Wahlkampf stehen, dann ist die Möglichkeit sehr nahe, daß kein Kandidat die absolute Mehrheit erzielt. Denjenigen als gewählt zu betrachten, der nur die relativ meisten Stimmen erhalten hat, wäre gleichbedeutend mit einer Herrschaft der Minorität über die Majorität. Soll das vermieden werden, dann müssen sich zwei Gruppen, die nur zusammen über die Mehrheit verfügen, zum Zweck der Wahl vereinigen. Gegen solche Wahlkompromisse werden freilich, besonders wenn es sich um Parteien mit politisch stark differenzierten Programmen, speziell um sogenannte Weltanschauungsparteien handelt, Bedenken vorgebracht. Indes kann man gerade in diesem Zwang zur politischen Integration auch einen Vorteil des Majoritätsprinzipes sehen. Die Bedenken dagegen können vermieden werden, wenn man das Majoritätsprinzip als Wahlkriterium fallen läßt und an Stelle der Majoritäts- die Verhältnis- oder Proportionalwahl tritt, bei der jeder Gegensatz von Majorität und Minorität verschwindet, weil das Wahlergebnis grundsätzlich jede an der Wahl beteiligte politische Gruppe im Verhältnis zu ihrer Stärke, das ist der Zahl der von ihr abgegebenen Stimmen, berücksichtigt. Indes ist damit die Notwendigkeit der Majoritätsbildung nur aus dem Bereiche der Wählerschaft in den der parlamentarischen Willenserzeugung verschoben. Und diese Verschiebung ist bis zu einem gewissen Grade gerechtfertigt, sofern eben erst im Parlamente der Staats-

wille erzeugt wird, die Parlamentswahl selbst aber nur ein möglichst deutliches Bild der politischen Gruppierung des Volkes als der Voraussetzungen, unter denen die schließliche Majoritätsbildung zu erfolgen hat, schaffen soll (vgl. S. 349).

5. Wahlkreiseinteilung. In dem Kampfe, der gegen das Majoritäts- und für das Verhältniswahlsystem geführt wurde und noch immer geführt wird, werden mitunter Argumente geltend gemacht, die nicht eigentlich das Majoritätsprinzip als solches, sondern nur die übliche Technik des Majoritätswahlsystems treffen. Die Wahl zum Parlament wird nämlich in der Regel nicht durch einen einzigen Gesamtwahlakt des Volkes bewerkstelligt, sondern das Gebiet in Wahlkreise zerlegt, deren Wahlberechtigte — als ein Wahlkörper — je einen Abgeordneten zu wählen haben. Bei verschieden großen Wahlkörpern aber auch ohne solche Wahlkreisgeometrie, bei völlig gleich großen Wahlkörpern kann das Wahlrecht ergeben, daß die Partei, der die Mehrheit der Wähler angehört nur eine Minderheit der Mandate erhält, während die Minderheit der Wähler durch eine Mehrheit der Gewählten vertreten wird. Beispiel: 10 Mandate sind in 10 Wahlkreisen (von 10 Wahlkörpern) zu besetzen. Jeder Wahlkreis hat hundert Wähler, alle Wahlkörper sind also gleich groß. Zwei Parteien — A und B — stehen einander in jedem Wahlkreis gegenüber; und zwar in vier Wahlkreisen: A mit je 90, B mit je 10 Wählern; in 6 Wahlkreisen: A mit je 40, B mit je 60 Wählern. Demgemäß erhält die Partei A nur 4 Mandate, bei einer Gesamtzahl von 600 Stimmen, die Partei B 6 Mandate, bei einer Gesamtzahl von nur 400 Stimmen. Dabei handelt es sich keineswegs um ein erklügeltes Beispiel. In der Praxis sind wiederholt noch viel krassere Fälle vorgekommen.

Liegt der Mangel des vorgeführten Wahlresultates darin, daß die Majorität der Wähler nicht in den Stand gesetzt ist, auch die Majorität der Gewählten zu produzieren, so trifft die Schuld nicht das Majoritätsprinzip — dessen Geltung ja künstlich ausgeschaltet wurde, und das gerade zu seinem Rechte kommen soll — sondern die Wahlkreiseinteilung. Würde das ganze Gebiet nicht in zehn Kreise zerschlagen, sondern alle Wähler einen einzigen Wahlkörper bilden und alle zehn Mandate einzeln durch aufeinander folgende Wahlakte oder zusammen im Wege einer Listenwahl besetzt werden, käme die Majorität zu einem vollen Siege. Die zufällige Parteigruppierung der Wähler innerhalb der territorial abgegrenzten Wahlkreise hat das Wahlresultat verfälscht. Weil die Zugehörigkeit zu einer Partei unabhängig ist von der territorialen Zugehörigkeit, muß eine Wahltechnik falsch sein, die die Wählerschaft nach dem für das Wahlresultat wesensfremden Territorialprinzip in einzelne Wahlkörper zerreißt. Durch die Einteilung in Wahlkreise zerfällt die Gesamtheit der Wählerschaft, die der Idee des einheitlichen Vertretungskörpers entsprechend ursprünglich selbst als ein einheitlicher Wahlkörper gedacht ist — das ganze Volk wählt doch sein Parlament — in eine Vielheit von Wahlkörpern, von denen jeder einzelne anders zusammengesetzt ist als das Ganze. Subjekt des Wahlaktes aber ist der Wahlkörper, daher die Differenz zwischen Wahlresultat (Vertretungskörper) und Wählerschaft als ganzes. Der bisher besprochene Mangel könnte somit nicht durch eine Abschaffung, sondern durch eine Verwirklichung des Majoritätsprinzips behoben werden.

6. Das Wesen des Proporz. Allein es ist ein anderer, prinzipieller Einwand, der gegen das System der Mehrheitswahl erhoben wird und der tatsächlich nicht die Wahltechnik, sondern das Wahlprinzip der Majorität betrifft. Wenn das Majoritätsprinzip restlos zum Durchbruch käme, müßten alle zu besetzenden Mandate der Mehrheit zufallen. Alle Minderheiten müßten leer ausgehen, sie blieben ohne „eigene“ Vertretung. Es wird aber als ungerecht empfunden, wenn bei einer Wählerschaft von 10000 eine Partei von 6000 alle hundert Mandate, eine Partei von 3000 und eine von 1000 kein Mandat erhält. Vom Standpunkte des Proporz soll die erste Partei 6, die zweite 3, die dritte 1 Mandat erhalten.

Das ist von vornherein nicht so selbstverständlich, wie es heute scheint. Denn es wird — unter der Herrschaft der Majoritätsideologie — für durchaus gerecht gehalten, daß etwa im Wege eines Referendum ein Gesetzantrag abgelehnt wird, für den 4999 und gegen den 5001 gestimmt haben, und man glaubt kein Unrecht zu erleiden, wenn man bei der Wahl des Präsidenten mit einer Partei unterliegt, die nur eine Stimme weniger hat als die siegreichen Gegner. Wenn man fordert, daß bei gleichzeitiger Besetzung mehrerer Mandate jede Partei durch eine ihrer Stärke entsprechende Anzahl von Gewählten vertreten sei, wenn man also für jede Partei eine „eigene" verhältnismäßige Vertretung verlangt, so läßt man die Vorstellung fallen, daß es das „Volk" als Ganzes sei, das den Vertretungskörper, als Einheit gedacht, kreiere. Wenn man ein Wahlsystem fordert, das technisch so beschaffen ist, daß jede Partei bei der Wahl nach Maßgabe ihrer Stärke zur Geltung komme, so wünscht man zum Subjekt des Wahlaktes nicht die Gesamtwählerschaft, sondern Teilwahlkörper, die — zum Unterschied von den Wahlsystemen mit Kreiseinteilung — nicht nach dem unnatürlichen Territorialitätsprinzip, sondern nach einem Personalitätsprinzip gebildet werden. Nicht die Bewohner eines willkürlich abgegrenzten Gebietes, sondern die Angehörigen einer Partei, alle Personen der gleichen politischen Überzeugung sollen die Körper bilden, auf welche die zu besetzenden Mandate verteilt und durch deren Willensakt die Mandate besetzt werden. Innerhalb dieses Wahlkörpers findet — kraft seiner Zusammensetzung — kein Kampf statt. Wenn sich auch nicht alle Stimmen der Partei auf die ihr zugewiesenen Kandidaten gleichmäßig vereinigen müssen — und die verschiedenen Verhältniswahlsysteme lassen hier, wie später noch gezeigt werden wird, verschiedene Möglichkeiten zu — so hat doch die Tatsache, daß die einzelnen Kandidaten innerhalb derselben Partei eine verschiedene Anzahl von Stimmen erhalten können, einen ganz anderen Sinn als im Wahlkampfe, der innerhalb desselben Wahlkörpers beim Majoritätsprinzip ausgetragen wird. So wie beim Proportionalwahlsystem die von den Angehörigen der einen Partei abgegebene Stimmensumme nicht gegen die Stimmensumme einer anderen Partei, sondern neben ihr steht, so verhalten sich die auf die einzelnen Kandidaten derselben Partei abgegebenen Stimmen zueinander nicht polar, sondern parallel; sie verstärken einander in bezug auf das Gesamtresultat. Im Idealfall der Proportionalwahl gibt es keinen Besiegten, weil es keine Majorisierung gibt. Um gewählt zu werden, ist eben nicht notwendig, daß man eine Majorität von Stimmen erhält, sondern es genügt ein „Mindestmaß", dessen Berechnung eben das Spezifische der Proportionaltechnik bildet. Faßt man das Gesamtresultat der Wahl ins Auge, setzt man den durch Proportionalwahl zustandegekommenen Vertretungskörper, als Einheit, der Wählerschaft, als Gesamtheit, gegenüber, dann kann man in einem gewissen Sinne zugeben — was mitunter als Wesen des Proporz behauptet wird — daß diese Repräsentanz mit den Stimmen aller und gegen die Stimme keines Wählers, d. h. aber: einstimmig zustande gekommen ist. Das gilt natürlich nur für den Idealfall. Denn unvertretene Minderheiten, die nicht jene Stimmenzahl erreicht haben, die zur Erlangung eines Mandates mindestens erforderlich ist, wird es in der Regel tatsächlich geben. Der Gedanke der Proportionalität wird umso besser verwirklicht werden, je mehr Mandate im Verhältnis zu den abgegebenen Stimmen zu besetzen sind. Der eine Grenzfall ist der, daß nur ein Mandat zu besetzen ist. Es wäre irrig zu meinen, daß hier die Idee der Proportionalität überhaupt nicht realisierbar sei. Sie ist erfüllt, wenn alle Wähler ihre Stimmen auf eine Person vereinigen. Also Einstimmigkeit im eigentlichen Sinne. Der andere Grenzfall aber ist der, daß auch die denkbar kleinste Partei, die also — ein Grenzfall — nur aus einem einzigen Wähler besteht, verhältnismäßig vertreten würde. Dies bedeutet aber die Vernichtung des Repräsentativsystems überhaupt, denn dann wären so viele Gewählte nötig als es Wähler gibt. Das ist aber der Zustand

der unmittelbaren Demokratie. Wenn es — wie häufig formuliert wird — der Zweck des Proportionalsystems ist, daß der Vertretungskörper ein möglichst getreues Abbild der Parteien, der Wünsche und Anschauungen in der Wählerschaft sei, dann läge in der letzten Konsequenz dieses Prinzipes, daß die im Wege des geforderten Systems gewählte Vertretung ein möglichst kurz befristetes Mandat habe, damit eine eventuelle Parteiverschiebung im Volke möglichst rasch auch in der Vertretung zum Ausdruck komme; daß an Stelle des heute bestehenden „freien" das „gebundene" Mandat der Abgeordneten trete. Auch unter diesem Gesichtspunkt zeigt sich die Tendenz zu möglichster Unmittelbarkeit. Als ideeller Grenzfall ergibt sich die Vernichtung des sogenannten Repräsentativsystems.

Bis zu diesen Grenzfällen soll die Idee der Proportionalwahl nicht deshalb durchdacht, um ad absurdum geführt zu werden, sondern weil nur die Aufdeckung der dieser Idee innewohnenden letzten Ziele ihren tieferen Sinn und damit den innersten Grundsatz enthüllt, der vielen das Proportionalwahlsystem als „gerecht" erscheinen läßt. Es ist das individualistische Prinzip der Freiheit, es ist das Prinzip der radikalen Demokratie. So wie ich mich nur einem Gesetz beugen will, das ich selbst mit beschlossen habe, so kann ich als meinen Repräsentanten bei der staatlichen Willensbildung — wenn überhaupt jemanden — so nur den anerkennen, der von mir — und nicht gegen meinen Willen — dazu berufen wurde.

Und diese Erwägung findet durch den folgenden Gedankengang ihre Bestätigung und Ergänzung. Die Idee der Proportionalität — als Gegensatz zum Prinzip der Majorität — hat nur eine begrenzte Wirksamkeit; sie will nur auf Wahlen, nicht aber auf andere Beschlüsse angewendet werden. Eben darum könnte man einwenden: Wozu die proportionale Vertretung und die gänzliche Ausschaltung des Majoritätsprinzips aus dem Wahlakt, wenn in dem durch Proportionalwahl zustandegekommenen Vertretungskörper doch wieder ausschließlich das Majoritätsprinzip herrscht, wenn die Majoritätspartei in der Existenz von noch so vielen Minoritätsparteien keine Schranken ihres Willens findet? Die Theorie von der kontrollierenden Funktion der Minorität reicht sicherlich nicht aus, um gerade das Proportionalitätssystem zu rechtfertigen, denn zur Ausübung dieser Kontrolle ist es gleichgültig, ob die Minoritäten verhältnismäßig vertreten sind oder nicht. Wenn nur überhaupt eine Minorität vertreten ist, ihre Größe spielt bei der Kontrolle eine sehr geringe, wahrscheinlich gar keine Rolle.

Allein die Funktion der verhältnismäßigen Minoritätsvertretungen ist eine andere, bedeutsamere. Sie besteht in dem influenzartigen Einfluß, den eine Minorität schon durch ihre bloße Existenz auf die Willensbildung der Mehrheitsvertreter ausübt; und dieser Einfluß ist um so stärker, je größer die Minoritätsvertretung ist. Je näher an Zahl und Wert die Vertreter der Minoritäten denen der Majorität kommen, je intensiver sie ihre entgegengesetzten politischen Anschauungen parlamentarisch zur Geltung bringen, desto mehr werden die Akte des Vertretungskörpers den Charakter von Kompromissen tragen, werden eine mittlere Linie einhalten, auf der sich die Gegensätze zwar nicht gänzlich ausgleichen, aber doch wesentlich mildern. So trägt die proportionale Vertretung auch in die Tätigkeit des Vertretungskörpers jene Tendenz der Freiheit, die verhindern soll, daß der Wille der Mehrheit schrankenlos über den der Minderheiten herrsche. Starke und verhältnismäßig zu ihrer Stärke vertretene Minoritäten können durch ihre Vertretung zwar in der Regel nicht erreichen, daß die Beschlüsse des Vertretungskörpers nur mit ihrer Zustimmung oder auch nur nicht gegen ihren ausgesprochenen Willen zustande kommen, aber sie können der Freiheitsidee der Einstimmigkeit, auf die das Prinzip der Proportionalität letztlich gerichtet ist, durch den Zwang zu einer Kompromißpolitik nicht unwesentlich näher kommen. Solche Funktion des Proportionalwahlrechtes kann von einem anderen als einem demokratischen Standpunkte als Nachteil empfunden werden. Aber auch vom Stand-

punkt demokratischer Realpolitik — der stets nur der Standpunkt einer mehr oder weniger gemäßigten Demokratie sein muß, da die reine Idee der Demokratie, wie früher gezeigt, zur Negation von Staat und Gesellschaft führt — kann das Proportionalsystem zu gewissen Schwierigkeiten führen. Es bietet den Anreiz zu Parteizersplitterung und kann so eine unerwünschte Schwächung des Parlamentes herbeiführen, in dem keine Partei über die zur Willensbildung nötige Majorität verfügt, die Bildung eines Majoritätsblocks mehrerer Parteien umso schwieriger wird, je kleiner die Parteien sind, desto mehr und daher desto verschiedenere Parteien ein Bündnis schließen müssen, um eine regierungsfähige Mehrheit zu schaffen. Aus diesem Grunde suchen gewisse Systeme den Proporz einzuschränken, indem etwa einer Partei, die in einem Wahlkreis die absolute Mehrheit der Stimmen erhält, alle Mandate zufallen, und ähnliches.

Da die Idee der Proportionalität darauf gerichtet ist, womöglich allen Parteien eine verhältnismäßige Vertretung zu garantieren, liegt noch kein Proportionalwahlsystem vor, wenn man sich begnügt, neben der Majorität auch eine — und zwar naturgemäß die relativ stärkste — Minorität, das heißt also nur zwei politische Parteien vertreten zu lassen. Man spricht hier von einem System der Minoritätenvertretung. Es ist technisch in verschiedenen Typen entwickelt, ist jedoch durch das vollkommene Proportionalsystem beinahe ganz verdrängt.

7. Die Technik des Proporz. Dessen Grundsatz: daß jede politische Gruppe im Parlament im Verhältnis zu ihrer ziffernmäßigen Stärke vertreten sei, stößt bei seiner Verwirklichung auf gewisse Schranken. Soll das Prinzip der mittelbaren Demokratie, also ein arbeitsteilig funktionierender Gesetzgebungskörper überhaupt bestehen bleiben, dann kann nicht jede, auch noch so kleine Gruppe im Parlament vertreten sein, dann muß eine unterste Grenze festgesetzt sein, eine Mindestzahl von Stimmen, über die eine Partei verfügen muß, um wenigstens einen Abgeordneten zu erhalten. Andererseits muß eine größere Gruppe ebenso viele Abgeordnete erhalten, als die festgesetzte Mindestzahl in der effektiven Zahl ihrer Stimmen enthalten ist. Man nennt diese Mindestzahl den Wahlquotienten oder die Wahlzahl, und die Bestimmung dieses Wahlquotienten als des Schlüssels zur Aufteilung der durch die Wahl zu besetzenden Abgeordnetensitze auf die wahlwerbenden Parteien ist das bedeutsamste technische Problem der Proportionalwahl. Daß sich dieses — mathematische — Problem politisch nicht exakt proportional, sondern nur unter möglichster Annäherung an die Idee der Proportionalität lösen läßt, geht daraus hervor, daß das Ergebnis der verhältnismäßigen Aufteilung der gegebenen Zahl der Abgeordnetensitze auf die gegebenen Größen der politischen Parteien nur in ganzen Zahlen ausgedrückt sein darf. Das mathematische Resultat, demzufolge nach strenger Proportionalität einer Gruppe etwa $7^5/_8$ Mandate zufallen, ist politisch unbrauchbar. Es ist nur eine sehr beiläufige Annäherung an die Proportionalität, wenn man den Wahlquotienten in der Weise bestimmt, daß man die Gesamtzahl der abgegebenen Stimmen durch die Zahl der zu wählenden Abgeordneten dividiert und jeder Partei so viel Sitze zuweist als dieser Wahlquotient in ihrer Parteisumme enthalten ist. Da der Wahlquotient in den Parteisummen meist nicht restlos enthalten ist, kommen nicht alle Abgeordnetensitze zur Verteilung, bleiben sogenannte Restmandate. (Wenn 100 Wähler 5 Abgeordnete zu wählen haben und in drei politische Parteien zu 31, 33 und 36 Stimmen zerfallen, kämen, da der Wahlquotient 20 beträgt, nur drei Mandate zur Verteilung). Gibt man die Restmandate jenen Gruppen, deren Parteisummen, durch die Quotienten dividiert, die relativ größten Reste (Reststimmen) aufweisen, so ist dies nur eine sehr grobe Realisierung der Proportionalität. Man hat daher verschiedene Methoden erdacht, diese Aufteilung möglichst proportional durchzuführen. Ihre nähere Darlegung fällt nicht in den Rahmen dieser Darstellung.

Ein anderes technisches Problem der Proportionalwahl ergibt sich aus der Art

der Stimmgebung, dem bereits angegebenen Gegensatz von Einerwahl und Listenwahl. Läßt man den Wähler nur einen Kandidaten bezeichnen, und erklärt als gewählt, wer den Wahlquotienten erreicht hat, dann besteht die Gefahr, daß sich die Stimmen auf weniger Kandidaten konzentrieren, als zu wählen sind, oder daß eine zu große Zersplitterung der Stimmen stattfindet und daher aus diesem Grunde nicht genug Kandidaten den Wahlquotienten erreichen. Dem kann in einem System proportionaler Einerwahl dadurch begegnet werden, daß innerhalb der Kandidaten derselben Partei Stimmüberweisung Platz greift, indem zunächst alle Stimmen gezählt werden, die überhaupt für Kandidaten abgegeben wurden, dann die Zahl der Mandate bestimmt wird, die der Partei auf Grund ihrer Gesamtstimmensumme gebührt, und dann ihre Kandidaten in der Reihenfolge der Summen der für sie abgegebenen Stimmen als gewählt erklärt werden. So daß auch ein Kandidat, dessen Stimmensumme weit unter dem Wahlquotienten geblieben ist, noch als gewählt gelten kann, weil ihm der Überschuß anderer Kandidaten derselben Partei zugute kommt. Viel einfacher ist die proportionale Listenwahl und zwar bei gebundener Liste. Jeder Wähler kann nur für eine der angemeldeten Parteilisten stimmen. Seine Stimmabgabe ist hier nur ein Parteibekenntnis, auf die Auswahl der Kandidaten steht ihm kein Einfluß zu. Die Parteileitung bestimmt, wer auf die Liste kommt und in welcher Reihenfolge. Diese Reihenfolge ist darum bedeutsam, weil nach ihr die Kandidaten als gewählt erklärt werden. Ihre Zahl bestimmt sich nach der Zahl der für die Liste abgegebenen Stimmen. Soll der Wähler bei Listenwahl Einfluß auf die Auswahl der Kandidaten haben, muß ihm frei stehen, wen er auf die Liste setzen will. Das System der freien Liste hat jedoch erhebliche Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Wahlresultates zur Folge. Dabei ist besonders zu beachten, daß jeder Stimmzettel eine doppelte Qualifikation hat, einmal Parteibekenntnis, dann Auswahl der Kandidaten, und nach beiden Gesichtspunkten beurteilt werden muß.

Da der Grundgedanke der Proportionalwahl die verhältnismäßige Aufteilung der Abgeordnetensitze auf die politischen Parteien, die Partei, ein rein personaler Verband also die Grundlage des ganzen Systems ist, muß die Wahlkreiseinteilung, die Zerreißung der Wählerschaft in territoriale Verbände, mit dem Verhältniswahlsystem in Widerspruch geraten. Tatsächlich führt es zu sehr bedeutenden Störungen der Proportionalität des Gesamtergebnisses, wenn bei der Parlamentswahl das Gebiet in Wahlkreise geteilt wird und das Proportionalitätsprinzip nur innerhalb der territorialen Wahlkörper Platz greift. Hier kann es geschehen, daß Parteien, deren Anhänger auf alle Wahlkreise verteilt sind, ohne in einem Wahlkreis den Wahlquotienten zu erreichen, kein einziges Mandat erobern, obgleich ihre Gesamtstärke ein Vielfaches des Wahlquotienten beträgt, sie also einen Anspruch auf mehrere Mandate hätten. Diese Unstimmigkeiten bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Wahlkreiseinteilung zu beheben, wurden neuerdings gewisse Methoden angewendet, nach denen auf die beim ersten Ermittlungsverfahren nicht zur Geltung gelangten Reststimmen in einem zweiten Ermittlungsverfahren für diesen Zweck reservierte Mandate zur Aufteilung gelangen.

Weil aber die Partei die Grundlage des im Wege eines Proportionalwahlsystems gebildeten Parlamentes ist, muß als eine Konsequenz dieses Wahlsystems, zumal jenes der starren Liste, eine gesetzliche Organisation der Partei angesehen werden. Wird die politische Partei zu einem entscheidenden Faktor im Prozesse der staatlichen Willensbildung, dann liegt es nahe, die Organisation der Partei unter diesem Gesichtspunkte gesetzlich zu regeln, insbesondere dafür Sorge zu tragen, daß innerhalb der Partei selbst der Grundsatz demokratischer Kontrolle gewahrt bleibe, und die — gerade beim System der Proportionalität so oft beklagte — Diktatur der Parteiführer möglichst eingeschränkt werde.

§ 48. Demokratie der Gesetzgebung.

A. Ein- und Zweikammersystem.

Dem demokratischen Gedanken entspricht, daß das Organ der Gesetzgebung nur aus einer einzigen Kammer besteht. Wenn dennoch in verschiedenen demokratischen Republiken das Zweikammersystem Eingang gefunden hat, so ist das zum Teil darauf zurückzuführen, daß die Verfassung dieser Staaten — sei es bewußt, sei es unbewußt — nach dem Vorbild konstitutioneller Monarchien gestaltet wurde, weil historische Motive an die älteren Formen des Konstitutionalismus anknüpfen ließen, und weil der Einfluß der von konstitutioneller Seite ausgebildeten Doktrin ein sehr bedeutender war und noch heute ist. Vor allem aber macht sich die Lehre von der Trennung der Gewalten geltend, deren Tendenz: die Macht möglichst zu verteilen, keinem Organ zu viel Machtbefugnis zu geben, in der mittelbaren Demokratie dazu führt, auch die gesetzgebende Gewalt — wenn schon nicht zwischen dem Parlament und einem Staatsoberhaupt, so doch innerhalb des Parlaments zwischen zwei Kammern — zu verteilen. Wie problematisch dieses ganz auf die politischen Bedürfnisse der konstitutionellen Monarchie abgestellte Dogma im Rahmen einer Demokratie wird, das zeigt die Schwierigkeit, bei Aufrechterhaltung des demokratischen Prinzips neben der auf Grund möglichst allgemeinen und gleichen Wahlrechts aufgebauten Volkskammer noch eine zweite Kammer zu errichten, die etwas anderes als eine bloße Wiederholung der ersten sein soll. In der konstitutionellen Monarchie hat das Zweikammersystem einen guten Sinn. Dem Monarchen nahestehende und darum bevorrechtete Gruppen werden als Gegengewicht gegen die allgemeine Volksvertretung in den Gesetzgebungsprozeß eingestellt. In der demokratischen Republik läuft das Zweikammersystem darauf hinaus, daß das demokratische Prinzip, das in der Organisation der einen Kammer zum Ausdruck kommt, in höchst inkonsequenter Weise bei der Zusammensetzung der anderen Kammer abgeschwächt wird. So wird für die Wahlfähigkeit und die Wählbarkeit zu dieser — meist als erste Kammer oder Senat bezeichneten — Kammer eine höhere Altersgrenze, eine längere Funktionsdauer der Mitglieder dieser Kammer bestimmt, größere Wahlkreise (Wahlkörper) und eine geringere Anzahl von Senatoren als Abgeordnete usw. Mitunter versucht man bei der Bildung des Senates gewisse föderalistische Gesichtspunkte zu berücksichtigen: Historische Gliederung soll zum Ausdruck kommen. Dies ist das Prinzip, das für die Bildung der sogenannten Länderkammer oder des Staatenhauses im Bundesstaate maßgebend ist, dessen demokratische Organisation gerade an der Notwendigkeit einer solchen Vertretung der Glieder neben einer allgemeinen Volksvertretung eine gewisse Schranke findet. Sofern das Zweikammersystem in der demokratischen Republik dem Prinzip der Macht*verteilung* dienen soll, müssen beide Kammern völlig gleichberechtigt sein. Indes, wie schon in der konstitutionellen Monarchie die demokratische Tendenz zu einer Zurückdrängung des Oberhauses führt, so muß vollends in der demokratischen Republik sich ein Übergewicht der Deputiertenkammer oder des Abgeordnetenhauses — wie man die Volkskammer nennt — über den Senat geltend machen. Das kann rechtlich in mannigfacher Weise zum Ausdruck kommen. Etwa so, daß gewisse politisch besonders wichtige Gesetze der Beschlußfassung des Senats überhaupt nicht bedürfen, oder daß im Konfliktsfalle eine Beschlußfassung durch die zu einem Körper vereinigten beiden Kammern vorgeschrieben ist, bei der der Einfluß der zahlenmäßig stärkeren Deputiertenkammer überwiegt; oder nur die Beschlußfassung des Abgeordnetenhauses, eventuell sein zweiter, mit qualifizierter Mehrheit gefaßter Beschluß maßgebend ist, oder daß dem Senat überhaupt nur ein suspensives Veto eingeräumt ist usw. Mitunter wird die Existenzberechtigung des Senats auch in der Weise begründet, daß ihm als spezielle Funktion eine Teilnahme an der Exekutive: Zustimmung zu Ernennungen, Mitwirkung beim Abschluß von Staatsverträgen usw. übertragen wird.

B. Organisation und Verfahren des Parlaments; Obstruktion.

Die Organisation und das Verfahren des Parlaments erfolgt herkömmlicherweise nicht durch formelles Gesetz, sondern durch autonome Satzung des Parlamentes selbst. Die parlamentarische Geschäftsordnung ist ein Beschluß des Hauses, der sich von einem Gesetzesbeschluß dadurch unterscheidet, daß er — im Falle des Zweikammersystems — von der anderen Kammer nicht gleichfalls gefaßt, auch nicht beurkundet und kund gemacht werden muß. Dies ist um so bedenklicher, als es sich dabei um wichtige Normen betreffend das Gesetzgebungsverfahren, also um Verfassungsbestimmungen, handelt, die nur zum Teil auch in Verfassungsgesetzten aufscheinen, sofern eben die Grundzüge der Organisation und des Verfahrens des Parlamentes verfassungsgesetzlich geregelt sind. Soweit durch die Parlamentsordnung Pflichten und Rechte anderer Personen als der Mitglieder des Parlamentes selbst oder das Verhältnis des Parlamentes nach außen statuiert wird, pflegt man zwar neben der autonomen Geschäftsordnung auch ein Geschäftsordnungsgesetz oder spezielle Gesetze für notwendig zu halten. Vom Standpunkt des Prinzips des Gesetzesstaates aber muß das ganze Parlamentsrecht als Gesetz oder gesetzlich delegierte Norm erscheinen.

Die übliche Organisation des Parlamentes besteht in einem selbstgewählten Vorsitzenden und seinen Stellvertretern, Schriftführern, Ordnern und sonstigen Organen. Zeitlich gliedert sich die Funktion des Parlamentes häufig in Legislaturperioden, die mit der Dauer der Periode zusammenfallen, für die die Abgeordneten gewählt werden. Dem demokratischen Prinzipe entspricht eine möglichst kurze Legislaturperiode, um durch möglichst häufige Neuwahl des Parlaments dem Volk Gelegenheit zu geben, seinen Willen zu bekunden. Durch Neuwahl kann entweder das ganze Parlament (Totalerneuerung) oder nur ein Teil (Partialerneuerung) gewählt werden. Die Legislaturperiode kann wieder in Sessionen, das heißt Jahresabschnitte geteilt werden. Dabei wird von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Tätigkeit des Parlaments nicht permanent, sondern nur periodisch nötig ist. Tatsächlich scheinen Modifikationen der Grundlage der Rechtsordnung: Neuerzeugung und Änderung der generellen Normen nicht eigentlich die Regel, sondern nur die Ausnahme bilden zu sollen; im Gegensatz zu der individuellen Rechtssatzung der Verwaltung und Gerichtsbarkeit, die ständig sein muß. Dieser Gedanke wird sowohl vom Standpunkt konservativer Gesinnung überhaupt wie insbesondere einer konstitutionellen Theorie betont, die das politische Schwergewicht von der Legislative weg zur Exekutive verschieben möchte. In sozial bewegten Zeiten, sonderlich nach Revolutionen, wenn eine intensive gesetzgeberische Tätigkeit notwendig ist, wird die parlamentarische Funktion zu einer permanenten; und die Gliederung der Legislaturperiode in kurze, etwa nur für wenige Wochen oder Monate berechnete Sessionen erscheint schon wegen der mit dem Sessionsbeschluß verbundenen Unterbrechung des gesamten parlamentarischen Prozesses und der Notwendigkeit, ihn mit der neuen Session neu beginnen zu lassen, als eine unbegründete Fessel. Diese Tendenz verstärkt sich noch in parlamentarischen Demokratien, in denen auch das Schwergewicht des politischen Einflusses beim Parlament ruht. Hier verringert sich auch die Möglichkeit, den Beruf des Abgeordneten als Nebenberuf zu betreiben, womit im Zusammenhange steht, daß die Entlohnung der Abgeordneten nicht mehr in Form von Taggeldern für effektive Teilnahme an Sitzungen, sondern als fester Jahresgehalt erfolgt. Während in der konstitutionellen Monarchie zwischen den Legislaturperioden ein mehr oder weniger großer Zeitraum der völligen Parlamentslosigkeit besteht, muß in der demokratischen Republik, in der die Regierung nur die Exekutive des Parlamentes ist, die Tendenz entstehen, die Legislaturperioden ohne solchen Zwischenraum aneinanderschließen zu lassen. Desgleichen der Grundsatz, daß nur das Parlament selbst über seine Tätigkeit zu entscheiden habe, somit Vertagung und Wiedereinberufung oder gar

Auflösung nur vom Parlament selbst ausgehen kann. Daß für die konstitutionelle Monarchie chrakteristische Prinzip, der Regierung durch das Recht der Vertagung und Auflösung des Parlaments einen maßgebenden Einfluß auf dessen Tätigkeit zu gewähren, hat in der demokratischen Republik — bei Parlamentsherrschaft — keinen Platz. Die Tendenz nach einer stärkeren Regierungsgewalt führt allerdings auch in republikanisch-demokratischen Verfassungen dazu, daß in Anlehnung an den Typus der konstitutionellen Monarchie und unter Mißachtung des sonst so respektierten Dogmas von der Gewaltentrennung dem Staatsoberhaupt derartige Machtvollkommenheit dem Parlamente gegenüber eingeräumt werden.

Das Gesetzgebungsverfahren des Parlamentes beginnt mit einem Initiativantrag, der von einem oder mehreren Mitgliedern des Hauses selbst oder der Regierung oder — wenn die andere Kammer nicht gleichberechtigt ist, sondern nur ein Vetorecht gegen die Beschlüsse des Abgeordnetenhauses hat — eventuell auch von dieser anderen Kammer ausgehen kann. Den Anträgen der Regierung ist in der Regel ein gewisser Vorzug vor den anderen Anträgen in der parlamentarischen Behandlung eingeräumt. Im Falle des Zweikammersystems ist für gewisse Gesetzesanträge — z. B. Finanzgesetze — vorgeschrieben, daß sie zuerst vom Hause der Abgeordneten behandelt werden müssen. Für das parlamentarische Verfahren, das von dem Initiativantrag bis zum endgültigen Gesetzesbeschluß führt, sind im allgemeinen zwei Momente charakteristisch. Erstlich eine mehrfache Lesung des Gesetzesantrags, bei Gliederung der Beratung in General- und Spezialdebatte im Plenum des Hauses. Dann die Vorbereitung der Gesetzesanträge in Parlamentsausschüssen, die nach fachlichen Gesichtspunkten zum Teil im Anschluß an die Ressorteinteilung der Verwaltung (die Ministerien) gewählt werden, und in denen die entscheidende Arbeit des Parlaments geleistet wird. Ob die Ausschußberatung schon zu Beginn oder erst in der Mitte des parlamentarischen Verfahrens das heißt schon vor der ersten oder erst nach dieser oder nach der zweiten Lesung des Gesetzesvorschlages im Plenum eingeschaltet wird, ist von untergeordneter Bedeutung.

Das moderne Parlamentsverfahren ist grundsätzlich öffentlich. Diese Öffentlichkeit besteht nicht nur, ja nicht so sehr in der Tatsache, daß der Zutritt zu den Parlamentsverhandlungen — nach Maßgabe des beschränkten Raumes — jedermann als Zuhörer gestattet ist und daß die Öffentlichkeit in der Regel nur durch besonderen Beschluß des Parlaments aufgehoben werden kann, sondern vor allem in der Veröffentlichung der Parlamentsverhandlungen durch die Presse und in dem — in anderem Zusammenhange noch zu erwähnenden — besonderen Rechtsschutz der Parlamentsberichterstattung (vgl. S. 356). Die Öffentlichkeit des parlamentarischen Verfahrens soll einen gewissen Ersatz für die mangelnde Unmittelbarkeit der staatlichen Willensbildung in der Volksversammlung bilden. Durch diese Öffentlichkeit soll der im parlamentarischen Verfahren sich äußernde Streit der Meinungen in die breitesten Schichten des an der Staatswillensbildung nicht unmittelbar beteiligten Volkes getragen und diesem so wenigstens indirekt, durch die Rückwirkung der öffentlichen Meinung auf das Parlament, ein gewisser Einfluß auf die Normerzeugung gesichert werden. Diese mehr kontrollierende als schöpferische Wirkung der öffentlichen Meinung läßt es verstehen, daß die Öffentlichkeit des parlamentarischen Verfahrens — sowie überhaupt jeder Art und Stufe der Staatswillensbildung oder Rechtserzeugung — ein Grundprinzip der parlamentarischen Demokratie bildet.

Die das parlamentarische Verfahren regelnden Vorschriften, insbesondere die hier der Minorität eingeräumten Rechte können von dieser mißbraucht werden, um das Zustandekommen unerwünschter Mehrheitsbeschlüsse durch zeitweise Lahmlegung des parlamentarischen Mechanismus zu erschweren oder zu verhindern. Ein solches Vorgehen der Minderheit nennt man Obstruktion. Sofern sie durch Inanspruchnahme formell geschäftsordnungsmäßiger Mittel, wie Dauerreden, Provo-

kation namentlicher Abstimmungen, Einbringung von Dringlichkeitsanträgen, die vor den Gegenständen der Tagesordnung beraten werden müssen, und ähnliches getätigt wird, spricht man von „technischer" Obstruktion; während als „physische" Obstruktion die Lahmlegung des parlamentarischen Verfahrens durch direkte oder indirekte Anwendung von Gewaltmitteln, wie Lärmerzeugung, Zerstörung von Einrichtungsgegenständen usw. bezeichnet wird. Die letztere entbehrt schon wegen ihrer formellen Rechtswidrigkeit jeder Rechtfertigung. Doch auch die erstere muß, sofern sie die parlamentarische Willensbildung überhaupt unterbindet, als dem Sinn und Geist der parlamentarischen Geschäftsordnung zuwiderlaufend beurteilt werden. Sie aber schlechthin als mit dem Majoritätsprinzip unvereinbar abzulehnen, wäre nur dann möglich, wenn man Majoritäts*prinzip* mit Majoritäts*herrschaft* identifizierte, was jedoch nicht angeht. (Vgl. S. 324.) Tatsächlich ist die Obstruktion nicht selten ein Mittel gewesen, die parlamentarische Willensbildung nicht überhaupt unmöglich zu machen, sondern sie schließlich in die Richtung eines Kompromisses zwischen Majorität und Minorität zu zwingen.

C. Persönliche Stellung der Parlamentsmitglieder (Immunität).

Hinsichtlich der persönlichen Rechtsstellung der Parlamentsmitglieder ist zunächst hervorzuheben, daß die Beurteilung der Frage, ob jemand, der den Anspruch erhebt, als Abgeordneter zu gelten, hierzu wirklich berechtigt sei, das ist: die sogenannte Legitimationsprüfung, die vor allem eine Prüfung der Gültigkeit der Wahl zum Parlamente ist, in der Regel diesem selbst zusteht, mitunter aber einem unabhängigen, besonders von den (bei einer parlamentarischen Entscheidung dieser Frage unvermeidlichen) parteipolitischen Rücksichten freien Gerichte übertragen ist. Im übrigen ist die persönliche Rechtsstellung der Parlamentsmitglieder altem, noch aus ständischer Zeit stammenden Herkommen gemäß besonders privilegiert. Sie dürfen in der Regel wegen ihrer Abstimmungen überhaupt nicht, wegen der in Ausübung ihres Berufes getanen Äußerungen nur von dem Hause, dem sie angehören, zur Verantwortung gezogen werden. An Strafmitteln stehen dem Parlamente in der Regel nur der Ruf zur Sache, der Ruf zur Ordnung, die Entziehung des Wortes, eventuell auch die Erteilung einer Mißbilligung zu. Das Parlament kann aber auch das Recht haben, ein Mitglied für eine oder mehrere Sitzungen auszuschließen, ja sogar es seiner Mitgliedschaft für verlustig zu erklären. Man bezeichnet diese Unterstellung des Parlamentsmitgliedes unter die Disziplinargerichtsbarkeit seiner eigenen Korporation mitunter als berufliche *Immunität*, welche Bezeichnung jedoch nur unter der Voraussetzung zutrifft, daß unter den Tatbeständen, hinsichtlich deren nur die Judikatur des Parlamentes Platz greifen darf, die Judikatur jeder anderen Behörde, insbesondere auch jedes Gerichtes ausgeschlossen ist, nicht nur Verletzungen der parlamentarischen Ordnung, sondern auch andere Rechtsverletzungen, z. B. Ehrenbeleidigungen, subsumiert werden, die der Abgeordnete in einer Parlamentsrede begeht. Die Immunität im engeren Sinn oder außerberufliche Immunität des Parlamentsmitgliedes besteht darin, daß es grundsätzlich nur mit Zustimmung seines Hauses gerichtlich oder überhaupt behördlich verfolgt werden darf, und daß selbst eine Verhaftung bei Ergreifung auf frischer Tat der nachträglichen Genehmigung des Parlamentes bedarf. Ist die Legislaturperiode in Sessionen gegliedert, gilt das Privileg der Immunität nur während der Session. Das Institut der parlamentarischen Immunität ist ursprünglich als Schutz des Parlamentes gegen Behinderung der Tätigkeit seiner Mitglieder durch rechtswidrige Eingriffe von seiten des Monarchen oder seiner Regierung entstanden und weiterentwickelt worden. Doch hat es im modernen Staate schon wegen der hier garantierten Unabhängigkeit der Gerichte von der Regierung seinen eigentlichen Sinn verloren. Zumal in der parlamentarischen Demokratie, in der ein prinzipieller Gegensatz zwischen Regierung und

Parlament gar nicht besteht. Die in der persönlichen beruflichen Immunität eingeräumte Freiheit der Meinungsäußerung findet ihre Ergänzung in der Verantwortungsfreiheit, die wahrheitsgetreuer Berichterstattung über Parlamentsverhandlungen regelmäßig gewährleistet ist.

Dem Prinzipe des sogenannten freien Mandates entsprechend ist der Abgeordnete seinen Wählern gegenüber unverantwortlich; sie sind nicht befugt, ihm das durch die Wahl verliehene Amt aus irgendwelchen Gründen zu entziehen. Ausnahmsweise findet sich wohl auch die Institution der Abberufung des Abgeordneten durch seine Wähler oder doch wenigstens die Bestimmung, daß der Abgeordnete seines Amtes verlustig wird, wenn er aus der Partei, für die oder von der er gewählt wurde, austritt oder ausgeschlossen wird. Die Entscheidung über den Verlust des Amtes, bzw. den Eintritt der gesetzlichen Bedingungen dem Vertretungskörper selbst zu überlassen, ist hier besonders bedenklich. Darum zieht man ein unabhängiges Gericht vor. Auch die Antragstellung auf Erklärung des Amtsverlustes wird in diesen Fällen besser den organisierten Wahlparteien oder unabhängigen Wahlbehörden als dem Vertretungskörper überlassen, dem der auszuscheidende Abgeordnete angehört.

D. Volksinitiative und Referendum.

Das dem demokratischen Grundsatz innewohnende Streben nach möglichst unmittelbarer Willensbildung durch das Volk zeitigt auch in der parlamentarischen Demokratie gewisse Einrichtungen, die eine Teilnahme des Volkes an der Gesetzgebung selbst ermöglichen: das Volksbegehren oder die Volksinitiative und der Volksentscheid oder das Referendum.

Die Volksinitiative soll bewirken, daß die Anregung zu einem Gesetzgebungsverfahren nicht nur vom Parlament oder der Regierung, sondern auch vom Volke selbst ausgehen kann. Einer bestimmten Mindestanzahl von stimmberechtigten Bürgern wird die Befugnis eingeräumt, einen Gesetzesantrag zu stellen. Entweder in der Weise, daß daraufhin das Parlament genötigt ist, über diesen Antrag zu beraten und zu beschließen, wenn es auch nicht gezwungen ist, ihn anzunehmen; oder in der Weise, daß ein dem Antrag entsprechender Gesetzentwurf einer Volksabstimmung zu unterbreiten ist. Im ersteren Fall kann bestimmt sein, daß das Volksbegehren einen bereits ausgearbeiteten Gesetzesantrag zum Gegenstand habe, so daß also schon für einen fertigen Gesetzesentwurf Unterschriften gesammelt werden müssen. Im letzteren Falle kann die Volksinitiative eine allgemein gehaltene Anrrgung zum Inhalt haben. Das Institut des Volksbegehrens ist um so wirksamer, je geringer die Zahl der Bürger ist, deren Antrag die Einleitung des Gesetzgebungsverfahrens zur Folge hat. Doch darf andererseits diese Zahl nicht zu gering sein, um Mißbrauch zu vermeiden. Im Bundesstaat kann auch gefordert sein, daß der Antrag von der Mehrheit der Stimmberechtigten einer Mindestanzahl von Gliedstaaten gestellt werde.

Das Referendum sucht die Gesetzgebung durch das Parlament mit einer unmittelbaren Willensäußerung des Volkes zu verbinden. Zum Unterschied von der unmittelbaren Demokratie, wo die Bürger in der Volksversammlung, also in direkter gegenseitiger Berührung beraten, muß sich das Referendum auf eine Abstimmung der einzelnen Bürger beschränken. Diese Abstimmung kann sich entweder auf ein vom Parlament bereits beschlossenes, kundgemachtes und sohin in Wirksamkeit getretenes Gesetz beziehen. Solche Abstimmung kann vernünftigerweise nur zu dem Zwecke angeordnet werden, um dem Volk Gelegenheit zu geben, gegen ein ihm unliebsames Gesetz zu stimmen mit der Wirkung, daß das Gesetz, falls die Mehrheit dagegen stimmt, aufgehoben wird. Dabei kann eine Frist bestimmt sein, innerhalb

der — vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes gerechnet — eine solche Abstimmung stattfinden, bzw. ein Volksbegehren auf Aufhebung des Gesetzes gestellt werden kann. Für gewöhnlich findet das Referendum über einen noch nicht zum Gesetz gewordenen Beschluß des Parlamentes statt. Die Volksabstimmung soll erst entscheiden, ob der Wille des Parlamentes Gesetz werden soll oder nicht. Nach den jeweiligen Bestimmungen der Verfassung kann das Referendum nur für Verfassungsgesetze oder Finanzgesetze oder sonstige Spezialgesetze als Verfassungs- oder Finanzreferendum, es kann aber auch ein allgemeines Gesetzesreferendum eingeräumt sein. Das Referendum ist entweder fakultativ oder obligatorisch, das heißt, es hat entweder nur nach dem Willen bestimmter Faktoren, oder unabhängig von diesen, bei Eintritt gewisser äußerer Bedingungen stattzufinden. Die Volksabstimmung über einen Gesetzesbeschluß des Parlaments kann von dessen Beschluß selbst oder von dem Antrag einer gewissen Parlamentsminorität oder dem Antrag der anderen Kammer abhängig gemacht sein; mitunter steht dem Staatsoberhaupt das Recht zu, eine Volksabstimmung herbeizuführen. Auch der Volksinitiative kann die Möglichkeit gegeben sein, einen Parlamentsbeschluß zur Volksabstimmung zu bringen. Im Falle einer Minorität oder dem Staatsoberhaupt oder der anderen Kammer freisteht, eine Volksabstimmung zu provozieren, bedeutet dies einen Appell, eine Art Instanzenzug vom Parlament zum Volk. Obligatorisch kann das Referendum entweder nur für die Totaländerung der Verfassung oder auch für jede Verfassungsänderung oder für sonstige spezielle Gesetze vorgeschrieben sein. Ebenso für den Fall eines Konfliktes zwischen dem Staatsoberhaupt und dem Parlament oder zwischen den beiden Kammern. — Wie aus der Darstellung des Volksbegehrens hervorgeht, kann sich das Referendum auch auf einen vom Parlament überhaupt nicht behandelten, durch Volksinitiative gestellten oder veranlaßten Gesetzesantrag beziehen. In dieser Kombination von Volksbegehr und Volksentscheid kann das Parlament für einzelne Fälle ganz ausgeschaltet werden.

Durch die Volksabstimmung kann der Gesetzesantrag nur entweder angenommen oder abgelehnt werden. Daher die Abstimmung des einzelnen Bürgers nur mit „ja" oder „nein" geschieht. Wird ein vom Parlament beschlossener Gesetzesantrag von großer politischer Bedeutung, z. B. ein Verfassungsgesetz, vom Volk abgelehnt, so kann, weil daraus ein Gegensatz zwischen Parlament und Volkswille sich ergibt, die Verfassung für diesen Fall die Neuwahl des Parlamentes vorschreiben.

Ob bei einer Volksabstimmung tatsächlich so etwas wie ein Volkswille in die Erscheinung tritt, das hängt nicht nur von der Allgemeinheit der Stimmberechtigung, sondern insbesondere von dem Ausmaße ab, in dem sich die Stimmberechtigten an der Abstimmung tatsächlich beteiligen. Von diesem Gesichtspunkt aus ist die Frage zu beurteilen, wie die Mehrheit für die Ablehnung eines bereits in Geltung stehenden Gesetzes oder die Annahme eines Gesetzentwurfes bzw. Parlamentsbeschlusses berechnet werden soll. Im ersteren Falle ist man geneigt zu fordern, daß die Mehrheit aller Stimmberechtigten sich gegen das Gesetz ausspreche, damit es aufgehoben werden. Im letzteren Fall läßt man schon die Mehrheit der abgegebenen Stimmen die Annahme des Gesetzentwurfes oder Parlamentsbeschlusses bewirken.

E. Die Reform des Parlamentarismus und das Problem der berufsständischen Vertretung. (Politische Erwägungen.)

Mit der Stärkung des demokratischen Gedankens nimmt die Neigung zu, die Volksvertretung durch Volksinitiative und Referendum zurückzudrängen, die Legislaturperiode zu verkürzen, um dem „Volke", d. h. den Wählern so oft als möglich Gelegenheit zu geben ihren Willen zu äußern; sogar der Ruf nach Abschaffung des sogenannten „freien Mandates" wird laut und es macht sich die Tendenz bemerkbar,

den Abgeordneten von seinen Wählern — durch die Möglichkeit einer Abberufung — rechtlich abhängig, und durch eine festere Organisation der Wählerschaft deren ständige Kontrolle über den Abgeordneten möglich zu machen. Aber auch aus anderer Richtung erhebt sich Opposition gegen den Parlamentarismus. Man will, das Prinzip der Arbeitsteilung weiter verfolgend, an Stelle des zentralen und universalen Gesetzgebungskörpers, der durch seine Zusammensetzung zu keiner besonderen Tätigkeit sachlich qualifiziert ist, für die verschiedenen Gebiete der Gesetzgebung Fachparlamente treten lassen, die sich etwa an die Ressorteinteilung der Verwaltung anschließen und für die schon in den Fachausschüssen des Parlamentes Ansätze vorhanden sind. Diese haben ja, da in ihnen die entscheidende Arbeit geleistet wird, schon jetzt das Plenum zu einem bloß formellen Abstimmungsapparat herabgedrückt. Sofern diese Fachparlamente — die ja ein allgemein politisches Parlament als zusammenfassendes Organ nicht überflüssig machen können — nicht durch allgemeine Wahlen aus der Gesamtheit aller Bürger gebildet, sondern aus — fachlich, das ist berufsständisch gegliederten — Wählergruppen hervorgehen sollen, muß in solcher Forderung noch keineswegs die Aufhebung, sondern nur eine Reform der Demokratie und speziell des Parlamentarismus in der Richtung einer berufsständischen Organisation der staatlichen Willensbildung gesehen werden. Es ist besonders der Gedanke eines Wirtschaftsparlamentes, der neuestens nach Verwirklichung strebt. Dieses soll zunächst freilich noch neben dem allgemeinen Parlament, als begutachtender, beratender, eventuell mit suspensivem Veto ausgestatteter Körper fungieren, bei dessen Zusammensetzung die mannigfachen Gegensätze innerhalb der Produktion aber auch der Gegensatz von Produzenten und Konsumenten, Unternehmern und Arbeitern, ihren Ausgleich finden sollen.

Indes geht man vielfach auch darüber hinaus und fordert die Ersetzung des demokratischen Parlamentarismus durch eine berufsständische Organisation. An Stelle des „mechanischen" Majoritätsprinzipes soll eine „organische" Gliederung des Volkes treten und bei der Bildung des Staatswillens nicht der äußere Zufall der Majorität entscheiden, sondern jede — berufsständisch gegliederte — Volksgruppe den ihr entsprechenden, d. h. aber jenen Anteil haben, der ihr nach der Bedeutung zukommt, die sie im Aufbau des Volksganzen hat. Da es zunächst gilt, den Parlamentarismus zu beseitigen, bemühen sich die Vertreter des berufsständischen Gedankens vor allem, die Unzulänglichkeit des parlamentarischen Prinzipes zu beweisen. Dies geschieht jedoch zum großen Teil in der Weise, daß man diesem System einen Sinn und eine Absicht unterstellt, die es nie hatte und schon darum nicht erreichen konnte. Allein daraus, daß das parlamentarische Prinzip nicht verwirklicht hat, was seine angebliche Idee verheißen, zieht man den sehr problematischen Schluß, daß es sich überlebt habe und durch ein anderes Prinzip der staatlichen Willensbildung ersetzt werden müsse. Das geläufigste Argument ist der Hinweis auf die Tatsache, daß das Parlament im Widerspruch zu seiner Idee den Volkswillen nicht darstelle und bei seiner typischen Organisation auch nicht darstellen könne. Die Behauptung trifft zu, schon darum, weil es nach der Durchschnittsverfassung parlamentarischer Demokratien einen Volkswillen rechtlich gar nicht gibt und ein einheitlicher Volkswille auch sonst eine Schimäre ist. Allein der Nachweis, daß der Parlamentswille nicht der Volkswille sei, kann sich nur insolange gegen das parlamentarische Prinzip wenden, als man dieses mittels der Repräsentationsfiktion zu legitimieren versucht. Der Parlamentarismus läßt sich aber ohne Zuhilfenahme dieser oder einer anderen Fiktion rechtfertigen. (Vgl. S. 344.) Der beispiellose Erfolg, den der Parlamentarismus in der Verfassungsgeschichte des XIX. und XX. Jahrhunderts aufweist, kann unmöglich in dem bloßen Glauben an eine so leicht zerstörbare Vorstellung begründet sein, wie sie die Theorie der Repräsentation des Volkes durch das Parlament erzeugt. Der objektive Wert und die objektive Bedeutung einer sozialen Institution muß nicht mit der subjektiven Deutung identisch

sein, die ihr aus irgendwelchen politischen Gründen von den an ihr Beteiligten und Interessierten gegeben wird.

Ein anderes weniger geläufiges aber um so bestechenderes Argument gegen den Parlamentarismus wurde neuestens mit der Behauptung vorgebracht: der Glaube an den Wert des Parlamentarismus mit seinem spezifisch kontradiktorischen Verfahren entstamme der Ideologie des Liberalismus. Wie dieser von einem völlig freien wirtschaftlichen Wettbewerb die größte Harmonie der ökonomischen Interessen, so erhoffe er auch von dem freien Kampf der Meinungen im parlamentarischen Verfahren, daß dieses eine irgendwie absolute Wahrheit, so etwas wie einen absoluten politischen Wert zutage fördern müsse. Daraus, daß der Parlamentarismus zu nichts weniger als zu einer solchen Wahrheit oder einem solchen Werte führt, glaubt man dann schließen zu dürfen, daß diese Institution „geistesgeschichtlich ihren Boden verloren" habe und „nur noch als ein leerer Apparat, kraft einer bloß mechanischen Beharrung" aufrecht stehe! (SCHMITT). Allein diese ganze Argumentation läuft, auch wenn sie es nicht zugibt, darauf hinaus, dem liberalen Demokratismus eine metaphysische und eben darum absolutistische Weltanschauung zu insinuieren. Denn es ist, wie ja auch ausdrücklich zugegeben wird, der einem spezifisch metaphysischen, auf absolute Wahrheit zielenden System entstammende Gedanke der „prästabilierten Harmonie", den, wie der freie Wettbewerb auf dem Gebiete des Wirtschaftslebens, so der in einem kontradiktorisch-dialektischen Verfahren sich bewährende Parlamentarismus — seiner Idee nach — im Bereiche der politischen Willensbildung angeblich verwirklichen soll. Indes liegt — wie im folgenden noch gezeigt werden wird — dem Demokratismus im Allgemeinen und dem Parlamentarismus im Besonderen gerade im Gegenteil eine kritisch-relativistische Ideologie zugrunde. Im übrigen ist der objektive Sinn des kontradiktorisch-dialektischen Verfahrens des Parlamentarismus keineswegs die Erreichung einer — stets unerreichbaren — absoluten Wahrheit, eines absolut richtigen staatlichen Willens, sondern — wie im vorhergehenden gezeigt wurde — die Erzielung einer mittleren Linie zwischen den Interessen der Majorität und der Minorität: das politische Kompromiß. Und gerade unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, läßt sich vielleicht die Parallele zwischen dem parlamentarischen Kampf und dem wirtschaftlichen Wettbewerb aufrechterhalten; denn alle Wirtschaft beruht letzten Endes auf Gütertausch, und jeder Tausch ist, wie bereits früher angedeutet, ein Kompromiß.

Faßt man aber jene Organisation ins Auge, die viele an Stelle des angeblich überlebten Parlamentarismus zu setzen wünschen, nämlich die berufsständische Vertretung, so zeigt sich, daß gerade die Realisierung dieser Idee auf außerordentliche, ja zum Teil unlösbare Schwierigkeiten stößt. Vor allem kann man sich nicht der Erkenntnis verschließen, daß die Gliederung des Volkes nach Berufen, die im wesentlichen eine Gliederung nach gemeinsamen Interessen ist, keineswegs alle für die staatliche Willensbildung in Betracht kommenden Interessen erfaßt. Berufsständische Interessen konkurrieren mit durchaus andersartigen, häufig vitalen, so zum Beispiel religiösen, allgemein ethischen, ästhetischen Interessen. Man ist Landwirt oder Rechtsanwalt und darum keineswegs nur an landwirtschaftlichen oder anwaltlichen Berufsfragen interessiert. Man wünscht eine bestimmte Gestaltung des Eherechts, man wünscht eine bestimmte Regelung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche und schließlich ist jedermann über die engen Grenzen seines Berufes hinaus an einer gerechten, zweckmäßigen oder auch nur erträglichen Ordnung des Ganzen interessiert. Innerhalb welcher Berufsgruppe könnten alle diese Lebensfragen zur Entscheidung gelangen? Dazu kommt — worauf ja schon des öfteren hingewiesen wurde —, daß einer berufsständischen Gliederung die natürliche Tendenz zu weitestgehender Differenzierung immanent ist, da der berufsständische Gedanke nur erfüllt wird, wenn die berufsständische Gruppe auf Basis voller Interessengemeinschaft gebildet wird. Bei fortgeschrittener Wirtschaft und Technik müßte

die Zahl der verschiedenen Berufe, die auf selbständige Organisation Anspruch haben, in die Hunderte, ja in die Tausende gehen; und auch dann noch würde die Abgrenzung der einzelnen Berufe voneinander eine mehr oder weniger willkürliche sein. Zwischen den berufsständischen Gruppen untereinander aber besteht naturgemäß nicht Interessengemeinschaft, sondern Interessengegensatz. Und dieser Gegensatz wird gerade durch die Organisation der gemeinsamen Interessen in den einzelnen berufsständischen Gruppen noch verschärft. Wie sollen aber die mannigfachen Interessengegensätze zwischen den Gruppen entschieden werden? Gewiß, die reinen Berufsfragen mögen innerhalb der berufsständischen Gruppe selbst im Wege einer Autonomie der Gruppe verhältnismäßig leicht befriedigende Lösung finden; wobei dahingestellt bleiben mag, ob speziell die leichtere Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer derselben Berufsgruppe, die man gerne rühmend hervorhebt, nicht vornehmlich darauf zurückzuführen ist, daß die wirtschaftlich Schwächeren hier jeder Stütze durch Klassengenossen der anderen Gruppen entbehren. Allein sehr viele, vielleicht sogar die meisten Fragen können gar nicht als rein interne, nur die Interessen der Gruppenglieder berührende gelten; an ihrer Entscheidung sind auch andere Berufsgruppen und meist in einem anderen Sinne interessiert als die unmittelbar beteiligte Gruppe selbst. Auf die Entscheidung dieser Konflikte aber kommt alles an. Aus der Ideologie des berufsständischen Prinzipes selbst heraus ist eine Antwort auf diese Grundfrage nicht zu finden. Die Lösung kann sich hier nur so ergeben, daß die letzte Entscheidung der Interessengegensätze zwischen den berufsständischen Gruppen schließlich doch einer Autorität übertragen wird, die nach einem dem berufsständischen Prinzipe fremden Gesetz erzeugt wird, nämlich entweder einem demokratisch aus dem Gesamtvolke gewählten Parlament oder einem mehr oder weniger autokratisch gestalteten Organ. Mit vollem Recht hat man hervorgehoben, daß — soweit es sich nicht um rein interne Angelegenheiten handelt, die der Autonomie der berufsständischen Gruppen überlassen bleiben — nur die Willensübereinstimmung aller oder doch der an der Entscheidung interessierten Berufsgruppen das den Staatswillen bildende Prinzip der berufsständischen Verfassung sein müßte. Das ist natürlich praktisch unmöglich. Gerade hier zeigt sich, wie gänzlich inhaltsleer und unanwendbar die Formel ist, mit der man den berufsständischen Gedanken gegen das demokratische Prinzip auszuspielen pflegt: jeder Gruppe sei ein ihrer Bedeutung für das Ganze entsprechender Anteil an der Bildung des Staatswillens einzuräumen. Denn wenn es sich um die Realisierung dieses Prinzipes handelt, muß vor allem feststehen, wer das Ausmaß dieser Bedeutung zu bestimmen hat, und nach welchem Maßstabe dabei vorzugehen ist. Und selbst wenn diese — in Wahrheit nicht lösbaren — Fragen gelöst wären, und selbst wenn schon ein berufsständischer Vertretungskörper gebildet wäre, in dem die verschiedenen berufsständischen Gruppen eine im Verhältnis zu ihrer Bedeutung stehende Vertretung finden, dann bliebe erst recht noch das Problem offen, nach welchem Grundsatz innerhalb eines solchen Vertretungskörpers ein einheitlicher Wille gebildet werden könnte. Müßte man hier nicht schließlich doch zu dem „mechanischen" Prinzipe der Majorität greifen? Und wenn dem so wäre, hätte es dann noch einen Sinn, der Bildung eines solchen Vertretungskörpers eine berufsständische Organisation zugrundezulegen? Wenn im Vertretungskörper die Majorität — ganz oder nur zum Teil — gegen die Minorität entscheidet, dann ist es wohl sinnvoller, solches Parlament auf eine Berufungsordnung zu stellen, die jeden einzelnen Wähler nicht bloß als Angehörigen eines bestimmten Berufes, sondern als Glied des Staatsganzen und darum nicht nur an Berufsfragen, sondern grundsätzlich an allen Angelegenheiten interessiert voraussetzt, die den Gegenstand der staatlichen Ordnung bilden können. Das ist letztlich der Grund, weshalb eine berufsständische Organisation niemals das demokratische Parlament ganz ersetzen, nur neben diesem — oder aber neben einem Monarchen als bloß b e r a t e n d e r, nicht aber als entscheidender Faktor be-

stehen kann, dessen Hauptfunktion darauf beschränkt bleibt, die bei der Rechtserzeugung in Frage stehenden Interessen deutlich zum Ausdruck zu bringen, den eigentlichen Gesetzgeber zu informieren. Eben darum reicht der Gedanke der berufsständischen Organisation zu einer Lösung des Problems der Staatsform nicht aus. Die entscheidende Alternative: Demokratie oder Autokratie, bleibt durch ihn unberührt.

Angesichts dieser Sachlage ist es nicht zu verwundern, daß die berufsständische Organisation, soweit sie sich bisher in der Geschichte verwirklicht hat, stets nur die Form war, in der eine oder mehrere Gruppen über die anderen zu herrschen versuchten; so daß man vielleicht nicht ganz mit Unrecht vermuten darf, daß sich in der neuerdings wieder erhobenen Forderung nach Einführung berufsständischer Organisation nicht so sehr das Bedürfnis nach einer organischen, das will sagen gerechten Beteiligung aller berufsständischen Gruppen an der Staatswillensbildung, sondern das Machtstreben gewisser Interessenkreise geltend macht, denen die demokratische Verfassung keinen politischen Erfolg mehr zu bieten scheint. Wenn die berufsständische Gliederung eine Organisation auf Grundlage von Interessengemeinschaften sein soll, dann hat sie insolange keine Aussicht zu einem primären, entscheidenden Faktor bei der Bildung des Staatswillens zu werden, als andere als berufliche Interessen tatsächlich die stärkeren sind. Solange besitzlose Arbeitnehmer verschiedener, ja aller Berufe — sei es mit Recht, sei es mit Unrecht — sich miteinander in einer innigeren Interessengemeinschaft fühlen als mit den kapitalistischen Arbeitgebern derselben Berufsgruppe, und solange angesichts dieser unleugbaren Tatsache auch die letzteren zu einer alle berufsständische Gliederung durchbrechenden Interessengemeinschaft gedrängt werden, kann es kaum zu einer aus den sozialen Verhältnissen selbst herauswachsenden berufsständischen Organisation kommen, die imstande wäre, die heutige parlamentarisch-demokratische Staatsform zu verdrängen, ohne zugleich sich mehr oder weniger einem autokratischen Typus zu nähern, d. h. in Wahrheit die diktatorische Herrschaft der einen Klasse über die andere zu sein.

Für eine berufsständische Organisation führt man zwar gern an, daß erst sie die „wahren", die „wirklichen" gesellschaftlichen Kräfte zum Ausdruck bringen könne. Gemeint kann damit natürlich nur sein, daß die berufsständische Organisation gegenüber der demokratisch-parlamentarischen die bessere, die richtigere sei. Allein gerade wenn es auf einen Ausdruck der tatsächlichen sozialen Machtverhältnisse ankommt, ist die parlamentarisch-demokratische Staatsform mit ihrem eine wesentliche Zweigliederung konstituierenden Majoritäts-Minoritätsprinzip der „wahre" Ausdruck der heutigen wesentlich in zwei Klassen gespaltenen Gesellschaft. Und wenn es überhaupt eine Form gibt, die die Möglichkeit bietet, diesen gewaltigen Gegensatz, den man bedauern, aber nicht ernstlich leugnen kann, nicht auf blutig revolutionärem Wege zu überwinden, sondern friedlich und allmählich auszugleichen, so ist es die Form der parlamentarischen Demokratie, die sicherlich nach vieler Richtung reformbedürftig und reformfähig ist und die insbesondere durch eine berufsständische Organisation ergänzt, aber nicht ersetzt werden kann.

§ 49. Demokratie der Vollziehung.

A. Demokratische Gesetzgebung und autokratische Vollziehung.

Es ist eine auffallende Tatsache, daß man bis vor kurzem die Forderung nach Demokratie als erfüllt betrachtete, wenn nur die Gesetzgebung dem Volke oder der Volksvertretung überantwortet war, daß das Problem einer Demokratisierung der Vollziehung, der Verwaltung wie der Gerichtsbarkeit, nicht eigentlich in den Vordergrund des politischen und staatstheoretischen Interesses zu dringen vermochte. Das Faktum, daß in ein und derselben Verfassung extreme Demokratie der Gesetzgebung in Verbindung mit weitgehender Autokratie auf dem Gebiete der Verwaltung auftrat, wurde eigentlich als etwas Selbstverständliches hingenommen. In einer

vielfach verbreiteten Lehre, die zwischen Staatsform und Regierungsform unterschied, wurde der Begriff der ersteren bewußt auf die Gesetzgebungsfunktion eingeschränkt, während man im Begriff der letzteren keineswegs alle anderen Stufen der Rechtserzeugung, sondern nur die als „Regierung“ charakterisierte Tätigkeit der Verwaltung je nach der Zahl der Mitglieder des obersten Vollzugsorgans als monarchische, aristokratische oder demokratische bestimmte. Nicht ohne dabei — mehr oder weniger — zu betonen, daß aus dem Wesen der Regierung sich eigentlich nur das monarchische Prinzip ergebe, während der Gesetzgebung auch demokratische Verfahren adäquat seien. Das dem Problem der Staatsform geltende Interesse wird, nicht ohne bewußte oder unbewußte Absicht, von den verschiedenen Stufen der Vollziehung abgelenkt und auf die Stufe der Gesetzgebung konzentriert.

Dieses Steckenbleiben der Theorie von der — doch den ganzen Prozess der Staatswillensbildung beherrschenden — Staatsform bei einem — wenn auch hoch bedeutsamen — Stadium dieses Prozesses und der damit verbundene Mangel tieferer Einsicht in diesen Stufenbau der Rechtserzeugung ist zum großen Teil auf das Dogma von der Trennung der Gewalten zurückzuführen. Nicht nur darum, weil es die Vollziehung aus ihrer organischen Verbindung mit der Gesetzgebung loslöst und beide Funktionen nach ihrer Isolierung koordiniert, sondern auch darum — und gerade dieses Moment kommt für die Frage der Demokratie der Vollziehung in Betracht — weil der eigentliche politische Sinn des Dogmas von der Gewaltentrennung von vornherein darin lag, der unaufhaltbaren Demokratisierung der Gesetzgebung die Autokratie der Vollziehung und mit ihr die Macht des Monarchen der vordrängenden Macht des Volkes entgegenzustellen. (Vgl. S. 258f.) Die Gewaltentrennung ist das Rückgrat der konstitutionellen Monarchie geworden. Und da die Theorie der konstitutionellen Monarchie zur herrschenden Staatsrechtstheorie zu werden vermochte, ist es begreiflich, daß vieles als aus dem Wesen des Staates fließend angenommen wurde, was nur ein Spezifikum der konstitutionellen Monarchie war. Dabei soll durchaus nicht geleugnet werden, daß es auch Vorzüge dieser Staatsform waren, die die Verfassungen demokratischer Republiken zur Nachahmung veranlaßte. Eine Republik mit demokratischer Gesetzgebung und autokratischer Vollziehung — was nur unter der Voraussetzung einer Trennung der Vollziehung von der Gesetzgebung möglich ist — bedeutet eine — bewußte oder unbewußte — Annäherung an den Typus der konstitutionellen Monarchie. Eine konsequente Entwicklung des demokratischen Gedankens führt allerdings zunächst zu anderen Ergebnissen. Daß dem Volke nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die Vollziehung möglichst unmittelbar zustehen solle, versteht sich als demokratische Forderung von selbst. Eine Trennung der Gewalten ist somit von vornherein dem demokratischen Prinzip zuwider, das im Volke alle Gewalten vereinigt wünscht. Indes macht sich aus rein sozialtechnischen Gründen die Notwendigkeit einer Arbeitsteilung auf dem Gebiete der Vollziehung noch viel stärker geltend als auf dem der Gesetzgebung und nötigt hier noch viel mehr zu Formen mittelbarer Willensbildung. Denn nur in ganz kleinen Gemeinwesen und bei einer auf Krieg und Strafgericht beschränkten Vollziehung können deren Akte der Volksversammlung vorbehalten bleiben. Schon die Notwendigkeit territorialer und instanzenmäßiger Gliederung führt zu einer Differenzierung der Organe. Das demokratische Prinzip reduziert sich auf die Wahl dieser Organe der Vollziehung und ihre kollegiale Struktur. Das Kollegialsystem muß im allgemeinen als demokratischer gelten als das Ministerialsystem; denn ganz abgesehen von den prinzipiellen Erwägungen, die sich aus dem Gegensatz zur Autokratie als der Einherrschaft ergeben, kann leichter als im Innern eines Einzelnen in einem Kollegium schon infolge der hier möglichen Rede und Gegenrede ein der öffentlichen Meinung oder dem Volkswillen entsprechender Entschluß zur Reife kommen. Im Sinn möglichster Annäherung an die demokratische Idee müßte sich die Organisation der Vollziehung als ein System von gewählten Kollegial-

behörden gestalten, die in stufenweiser Abfolge von einem zentralen Verwaltungskollegium, eventuell ressortmäßig geschieden, zu den lokalen Verwaltungskollegien herabsteigen. Vom demokratischen Standpunkt aus verschlägt nichts, daß das Gesetzgebungskollegium, das Parlament, mit dem obersten Verwaltungskollegium zusammenfalle, oder daß dieses ein Ausschuß von jenem sei, oder von ihm gewählt werde. Soll dem mit dem demokratischen Prinzipe ja nicht unvereinbaren Gedanken möglichster Machtverteilung innerhalb der vom Volk eingesetzten Organe Rechnung getragen werden, hindert nichts, daß neben einer Volksvertretung für die Gesetzgebung ein Kollegium als oberstes Exekutivorgan gewählt werde. Die Unterordnung dieses Organs unter das Parlament in dem Sinne, daß jenes den Willen dieses, richtiger: den von diesem erzeugten Staatswillen, auszuführen habe, ist begriffsnotwendig mit dem Verhältnis des Gesetzes zu seiner Vollziehung gegeben. Doch muß die Beobachtung dieses Verhältnisses, das heißt die Gesetzmäßigkeit der Vollziehung nicht gerade in der Weise garantiert sein, daß die obersten Organe der Vollziehung dem Gesetzgebungsorgan verantwortlich sind. Es könnte auch ein drittes Organ mit der Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung betraut sein.

B. Die sogenannte Präsidentschaftsrepublik und die Parlamentsherrschaft.

Es ist bezeichnend, daß die demokratischen Republiken, deren Verfassung das Prinzip der Trennung der Gewalten akzeptieren, ihre Vollziehung nach autokratischen Grundsätzen einrichten, indem sie ein mit großen Machtvollkommenheiten ausgestattetes Staatsoberhaupt zum Chef der Exekutive machen; so daß die gewaltentrennende Republik zugleich als sogenannte Präsidentschaftsrepublik auftritt, obgleich zwischen beiden Momenten kein notwendiger Wesenszusammenhang besteht. Nur das Beispiel der konstitutionellen Monarchie macht diesen Typus der Republik verständlich. Schon der als Staatsoberhaupt fungierende Präsident der Republik ist ein ausgesprochen monarchisches Element. Von einem streng demokratischen Standpunkt aus ist für ein solches Organ überhaupt kein Platz, ja die Vorstellung einer von einem Einzelmenschen dargestellten Spitze des Staates im Widerspruch zur Idee der Volksherrschaft. Nur die Gewöhnung an monarchische Formen läßt ein Staatsoberhaupt als notwendiges Organ erscheinen. Die üblicherweise seine Kompetenz bildenden Funktionen wie Minister- und Beamtenernennung, Repräsentation nach außen usw., müssen durchaus nicht bei einem Organ vereinigt sein. Daher denn auch Republiken ohne eigentliches Staatsoberhaupt möglich sind (vgl. S. 304f).

Ist aber ein solches Organ vorhanden, dann ist seine Berufung durch unmittelbare Volkswahl — wie in der Präsidentschaftsrepublik — das Mittel, um seine Machtstellung gegenüber dem Parlament zu stärken. In demselben Maße als der Präsident als Chef der Exekutive von dem Parlament, das ihn nicht beruft und womöglich auch nicht abberufen kann, unabhängig ist, kann er nicht nur der Vollziehung eine vom Gesetz mehr oder weniger abweichende Richtung geben, sondern auch auf die Legislative selbst Einfluß nehmen. Denn das Prinzip der Trennung der Gewalten, in dessen Namen dem Staatsoberhaupt in der gewaltentrennenden Präsidentschaftsrepublik eine derartige von der Legislative unabhängige Stellung eingeräumt, zu dessen peinlichster Wahrung dem Präsidenten jede Berührung mit dem Parlamente untersagt ist, wird doch zugunsten des Präsidenten insoferne eingeschränkt, als ihm das Recht erteilt wird, die Gesetzesbeschlüsse des Parlamentes zu beurkunden. Und dieser reine Formalakt kann von dem Präsidenten sehr leicht zu einem materiellen Vetorechte gestaltet werden, wenn die Verfassung nicht schon von vornherein ihm ein solches, wenn auch nur suspensives Vetorecht ausdrücklich einräumt. Ganz

so wie ja auch in der konstitutionellen Monarchie das Gewaltentrennungsprinzip auf dem Gebiete der Gesetzgebung zugunsten des Monarchen eingeschränkt wird. Wesentlich anders gestaltet sich die Stellung des Präsidenten, wenn er vom Parlamente gewählt wird. Er erscheint hier, trotz alles möglichen Gegensatzes zum Parlament, dennoch im wesentlichen als dessen Exponent, sofern ihm überhaupt andere als bloß repräsentative Funktionen überlassen sind; und ist in seiner Stellung vom Parlament politisch abhängig.

Als Typus der Parlamentsherrschaft ist auch der Fall zu erwähnen, daß die Funktionen eines Staatsoberhauptes dem Vorsitzenden des Parlamentes übertragen sind. Auch mit dem Vorsitzenden des vom Parlament gewählten obersten Regierungskollegiums, des Kabinetts- oder Ministerrates kann die Funktion eines Staatsoberhauptes verbunden sein. Es entspricht dem demokratischen Prinzipe, keine besonderen Bedingungen für die Wahlfähigkeit zum Staatsoberhaupt vorzuschreiben. Doch wird meist zumindest ein höheres Alter gefordert als sonst für die Ausübung poltischer Rechte. Ebenso entspricht dem demokratischen Prinzipe eine möglichst kurze Funktionsperiode und die Ausschließung oder doch Einschränkung einer Wiederwahl.

Die Ähnlichkeit zwischen Monarch und republikanischem Staatsoberhaupt zeigt sich auch darin, daß die Tendenz besteht, die Verantwortlichkeit des Präsidenten so wie die des Monarchen auszuschließen oder doch einzuschränken. Ist ihm die Ernennung der Minister übertragen, dann liegt es nur in der Konsequenz der Gewaltentrennung, die Minister, denen jede unmittelbare Fühlungnahme mit dem Parlament untersagt ist und die vor allem dem Parlament nicht als Mitglieder angehören dürfen, nicht diesem, sondern dem vom Volk gewählten Präsidenten verantwortlich zu machen; so wie ja auch mitunter unmittelbar nach Einführung einer Konstitution die Minister noch dem Monarchen allein und nicht dem Parlamente verantwortlich sind. Dann sind die Minister tatsächlich nur dem Präsidenten untergeordnete Hilfsorgane. Wird der Präsident vom Parlament gewählt, dann läßt sich die parlamentarische Verantwortlichkeit der Minister kaum vermeiden und dann ist der Präsident bei der ihm formell zustehenden Ernennung der Minister an den Willen der Parlamentsmajorität gebunden. Daß dabei die Minister dem Parlament wenn schon nicht angehören müssen, so doch angehören können, versteht sich von selbst. Dieser Zustand der Parlamentsherrschaft kann auch rechtlich dadurch zum Ausdruck kommen, daß die Minister vom Parlament zu wählen sind und durch Beschluß des Parlaments abberufen werden können, so daß dem Präsidenten überhaupt kein Einfluß auf die Bildung der Regierung zukommt, die — mehr noch als in der parlamentarischen Monarchie — den Charakter eines parlamentarischen Exekutivkomitees hat. Dieser Typus kann noch dadurch verschärft werden, daß die wenigen Akte des Präsidenten nicht nur unter Gegenzeichnung der verantwortlichen Minister, sondern nur auf Antrag der Regierung oder der einzelnen Mitglieder derselben ergehen dürfen.

C. Demokratisierung der Verwaltung.

Das Problem der Demokratie bezieht sich aber nicht nur auf die obersten Spitzen der Vollziehung. Grundsätzlich sind alle Stufen der Verwaltung wie Gerichtsbarkeit einer Demokratisierung fähig, indem die Organe womöglich als Kollegialbehörden — nicht von vorgesetzten Stellen ernannt, sondern von den Normunterworfenen, den zu verwaltenden oder gerichtlich zu beurteilenden Menschen, auf beschränkte Zeit — gewählt werden, wobei die Wählbarkeit nicht an besondere fachliche Voraussetzungen gebunden ist. Die demokratische Verwaltung und Rechtsprechung erfolgt grundsätzlich durch Laien und in diesem Sinne steht sie zum System der Bürokratie als dem System der Verwaltung und Rechtsprechung durch lebensläng-

lich und berufsmäßig tätige, besonders fachlich qualifizierte Beamte in Gegensatz. Soferne das bürokratische System dem autokratischen Prinzip zugeordnet ist, zeigt sich dieses auch in dieser Hinsicht als ein Prinzip differenzierender Arbeitsteilung, während die Demokratie eine gewisse Tendenz zum Primitivismus charakterisiert. Wenn auch die Forderung nach durchgängiger Demokratisierung der Verwaltung erst seit der jüngsten Stärkung des demokratischen Gedankens durch den Sturz mächtiger Monarchien ausdrücklich erhoben wird, so muß doch festgestellt werden, daß die Verwaltungsdemokratie auch der konstitutionellen Monarchie nicht fremd war. Der durch das parlamentarische Regime bewirkten, wenn auch bescheidenen Demokratisierung an oberster Stelle der Verwaltungshierarchie entspricht an unterster Stelle die Selbstverwaltung der Gemeinde. Selbstverwaltung ist ja demokratische Verwaltung, Verwaltung der zu Verwaltenden durch sich selbst oder doch durch ein von ihnen gewähltes Kollegium. Daß solche Selbstverwaltung — sofern sie Vollziehung genereller und sohin Setzung individueller Zwangsnormen ist, die als Rechtsnormen nur staatlichen Charakter haben können, — keinen Gegensatz zur Staatsverwaltung, sondern nur einen organisationstechnisch besonderen Fall der Staatsverwaltung bildet, ist bereits früher hervorgehoben worden (vgl. S. 182ff.). Wenn dennoch ein solcher Gegensatz behauptet, die Selbstverwaltung nicht als Staatsverwaltung gelten gelassen wurde, so zeigt sich darin wiederum nur der Versuch, eine politisch bevorzugte Form des Staates, beziehungsweise der Staatsverwaltung als Form des Staates, beziehungsweise der Staatsverwaltung schlechthin auszugeben.

Wie sehr der Selbstverwaltungskörper der Gemeinde als ein Fremdkörper im System der autokratischen Staatsverwaltung angesehen wurde, das zeigt sich in der bereits früher charakterisierten, heute beinahe schon unverständlichen Theorie, derzufolge die Gemeinde nicht als Organ des Staates, sondern — wie das menschliche Individuum des individualistischen Naturrechts — als ein unabhängig vom Staate existierendes, mit natürlichen Rechten gegen den Staat, insbesondere mit einem sozusagen angeborenen, vom Staate nicht verliehenen und nicht entziehbaren Wirkungskreis ausgestattetes Wesen sein soll. Hinter dieser naturrechtlichen Gemeindetheorie, die in dem Verhältnis Staat — Gemeinde einen rechtstheoretisch ganz unzulässigen Dualismus zweier Normensysteme offen läßt, verbirgt sich — wie schon früher gezeigt — der Gegensatz zwischen dem demokratischen und dem autokratischen Organisationsprinzip. Es ist die demokratische Gemeinde, die nicht als Organ des autokratischen Staates begriffen werden will. Daß aber der Gegensatz von Staat und Gemeinde, der nur ein historischer Gegensatz von Organisationstypen ist, theoretisch auch dann noch aufrechterhalten wird, wenn bei Demokratisierung der höheren Verwaltungsstufen kein organisationstechnischer Gegensatz mehr besteht, daß der Gegensatz von Staat und Gemeinde den Schein eines absoluten Wesensgegensatzes behauptet, ist einer der traditionellen Irrtümer der Staats- und Verwaltungsrechtslehre.

Zur Selbstverwaltung im weiteren Sinne gehört auch die Selbstgesetzgebung oder Autonomie, das der autonomen Körperschaft delegierte Recht zur Satzung genereller Rechtsnormen. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich von selbst, daß von einem Wesensgegensatz autonomer Rechtssatzung zu Gesetz und Verordnung nicht die Rede sein kann, daß das demokratisch zustande gekommene Gesetz — also das Gesetz in der konstitutionellen Monarchie oder demokratischen Republik — ebenso autonome Rechtssatzung ist, wie die generelle Rechtssatzung einer autonomen Körperschaft innerhalb einer Monarchie oder Republik, nur auf Grund und im Rahmen des Gesetzes möglich ist und daher mit der Verordnung auf einer Stufe steht, ja geradezu als Verordnung bezeichnet werden kann, sofern man nicht diesen Begriff für eine autokratische Satzung genereller Normen reservieren will. (Vgl. S. 183.)

Auf dem Gebiete der Gerichtsbarkeit bedeuten die Einrichtungen der — meist

ausgelosten, nicht gewählten — Geschworenen, der Schöffen- und sonstigen Laienrichter das Eindringen demokratischer Elemente in das auch in der demokratischen Republik meist autokratische System der Gerichtsorganisation. Ausnahmsweise finden sich freilich auch gewählte Sondergerichte, so ein vom Parlament gewählter Staatsgerichtshof zur Entscheidung der Ministeranklage und ähnliches sogar in der konstitutionellen Monarchie.

D. Verhältnis von Demokratie der Gesetzgebung und Demokratie der Vollziehung.

Wenn bisher die möglichen Formen einer demokratischen Vollziehung erörtert wurden, so geschah dies vorbehaltlich der Frage, in welchem Verhältnis Demokratie der Vollziehung zur Demokratie der Gesetzgebung steht. Es ist nämlich keineswegs so, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte, daß die eine nur die Konsequenz der anderen, und daß dem demokratischen Gedanken um so besser gedient sei, je weiter die demokratische Form der Willensbildung den Prozeß der Vollziehung ergreift. Denn die Vollziehung steht begriffsnotwendig unter der Idee der Gesetzmäßigkeit; und auch wenn Demokratie der Gesetzgebung vorausgesetzt wird, so ist doch damit keineswegs ausgemacht, daß die Gesetzmäßigkeit der Vollziehung am besten durch demokratische Formen gewährleistet werde. Zwar muß ohne weiteres zugegeben werden, daß in der durchaus demokratischen Wahl der obersten Exekutivorgane durch das Parlament und ihrer Verantwortlichkeit dem Parlament gegenüber eine bewährte, wenn auch keineswegs die einzig mögliche Garantie für die gesetzmäßige Tätigkeit dieser Organe liegt. Aber schon soweit die parlamentarische Verantwortlichkeit in Betracht kommt, zeigt sich, daß das Ministerialsystem, daß die Vollziehung durch Einzelorgane sich besser eignet als das Kollegialsystem, das nicht nur das Verantwortlichkeitsgefühl des einzelnen, nur mit einer Stimme am Beschluß Beteiligten mindert, sondern auch die Geltendmachung der Verantwortung erschwert. In der Mittel- und Unterinstanz der Verwaltung aber bedeutet die radikale Demokratisierung geradezu die Gefahr einer Aufhebung der Demokratie der Gesetzgebung. Wird das Staatsgebiet in größere Verwaltungsteilgebiete, Provinzen, und diese wieder in kleinere Verwaltungssprengel, Bezirke, gegliedert, und die Verwaltung dieser Gebiete — der demokratischen Idee entsprechend — Kollegien übertragen, die von den Bürgern dieser Gebiete gewählt werden, so daß unmittelbar unter der Zentralregierung die Provinzialvertretungen und unter diesen die Bezirksvertretungen stehen, dann ist es mehr als wahrscheinlich, daß diese Verwaltungskörper — sonderlich wenn ihre politische Struktur eine andere ist als die der zentralen legislativen Körperschaft — keineswegs die Gesetzmäßigkeit ihrer Akte als höchstes Ziel ansehen, vielmehr sich nur allzu leicht in einen bewußten Gegensatz zu den vom Parlament beschlossenen Gesetzen stellen werden. Der Wille des Ganzen — so wie er in der zentralen Legislative zum Ausdruck kommt — droht durch den Willen des Teils — in den einzelnen Verwaltungskörperschaften — paralysiert zu werden. Sicherlich gibt es organisationstechnische Mittel, um dieser Gefahr zu begegnen und gesetzwidrige Akte der Selbstverwaltungskörper aufzuheben. Allein diese Mittel liegen nicht in der Richtung der Demokratie der Willensbildung der Verwaltungsteilgebiete, bedeuten vielmehr deren Einschränkung. Die Gesetzmäßigkeit der Vollziehung — und das bedeutet bei demokratischer Gesetzgebung: der Volkswille und sohin die Demokratie selbst — wird in der Mittel- und Unterinstanz zweifellos besser als durch Selbstverwaltungskörper durch von der Zentralstelle ernannte und ihr verantwortliche Einzelorgane gewahrt. Damit soll nicht gesagt sein, daß dies das einzige oder geradezu beste Mittel der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung sei. Es soll nur gezeigt werden, daß innerhalb gewisser Schranken die auto-

kratische Form der Vollziehung keineswegs im Gegensatz zur Demokratie der Gesetzgebung steht, und daß die Forderung nach Demokratie der Verwaltung, wenn sie mehr als ein kurzsichtiges Schlagwort sein will, nur bedingungsweise und beschränkte Geltung haben kann, und zwar gerade im Interesse der Erhaltung der Demokratie selbst.

Soll die Tätigkeit der Selbstverwaltungskörper, die der Verantwortung — der wichtigsten Garantie der Gesetzmäßigkeit — um so mehr entzogen sind, je größer sie sind, aus der Gefahrenzone der Gesetzwidrigkeit möglichst ausgeschaltet werden, so muß sie auf den Bereich des vom Gesetz frei gelassenen Ermessens beschränkt werden. Nur bei weitgehender Ermessensfreiheit ist eine ersprießliche Funktion demokratischer Verwaltung zu erwarten. Das bedeutet aber, daß die Verwaltungsdemokratie eine starke Tendenz zur Dezentralisation in sich birgt. Dem Willen der Glieder kann nur auf Kosten des Willens des Ganzen Spielraum gewährt werden. Wird die Wahrung der Grenzen, die unvermeidlich der ins freie Ermessen gestellten normsetzenden Funktion der mittleren und unteren Organe durch die Normen der höheren gezogen sind, autokratischen, nämlich durch die höheren Organe berufenen oder doch ihnen verantwortlichen und von ihnen absetzbaren Organen übertragen, so ist damit für die Organisation der mittleren und unteren Verwaltung ein System der Verbindung demokratischer und autokratischer Elemente akzeptiert. Darin liegt ja auch die Eigenart der konstitutionellen Monarchie; nur daß hier die Mischung der demokratischen mit der autokratischen Form auf der höchsten Stufe der staatlichen Willensbildung, der Gesetzgebung, erfolgt, und dadurch eine Paralysierung der Demokratie durch die Autokratie (und umgekehrt) nicht ausgeschlossen bleibt; während dort, wo sich das Prinzip der gemischten Staatsform auf die mittlere und untere Stufe einer an oberster Stufe rein demokratischen Staatswillensbildung beschränkt, keine Gefährdung, sondern eine Stärkung der Demokratie zu gewärtigen ist.

Auch wenn das die individuelle Norm setzende Vollzugsorgan demokratisch berufen, das heißt also gewählt, auch wenn es ein gewähltes Kollegium, ja selbst wenn es eine Versammlung von Bürgern ist, der die durch die individuelle Norm zu verpflichtende Person selbst angehört, macht sich dieser gegenüber insolange noch ein Rest von Autokratie geltend, als die Bindung im konkreten Fall auch gegen deren Willen — letzterenfalls durch Majoritätsbeschluß — begründet werden kann. Inwieweit dieser Grad von Autokratie oder — mit anderen Worten — diese Einschränkung des demokratischen Prinzips der Selbstbestimmung für die Existenz einer sozialen Ordnung überhaupt Voraussetzung ist, wurde bereits in anderem Zusammenhang dargelegt. (vgl. S. 321ff.) Ebenso daß auch das Prinzip der Einstimmigkeit noch eine mögliche Differenz zwischen der so zustande gekommenen Norm und dem Willen der Normunterworfenen ermöglicht, soferne eben dieser an die einmal erteilte Zustimmung gebunden bleibt und eine nachträgliche Willensänderung rechtlich bedeutungslos ist. Dieser relativ höchste Grad demokratischer Rechtserzeugung findet sich in weiterem Ausmaße auf der untersten Stufe des sogenannten Zivilrechts. Es ist die typische Form rechtsgeschäftlicher Willensbildung. Indem die generelle Rechtsnorm die Bestimmung des Tatbestandes, unter dessen Bedingung der Zwangsakt der Exekution eintreten soll, zum Teil der vertragsmäßigen Vereinbarung der Parteien überläßt, entsteht die individuelle Rechtsnorm, die konkrete Verpflichtung für jeden von ihnen nur unter der Bedingung seiner Zustimmung, jeder von ihnen ist an der Erzeugung dieser Norm beteiligt. Nicht mit Unrecht hat darum die ältere Privatrechtstheorie hier von „Privatautonomie" gesprochen. Wie bereits in anderem Zusammenhange festgestellt, handelt es sich um eine den Parteien delegierte Rechtserzeugung, um die nach unten hin fortgesetzte, mit dem Akt der Zivilrechtsgesetzgebung beginnende positive Rechtserzeugung, die in einem deutlichen Gegensatz zu jenem steht, bei der die individuelle Rechtsnorm, die konkrete Rechtspflicht der

Partei durch den einseitigen Willensakt eines anderen und speziell der Behörde entsteht. Hier, wo dieses Problem unter dem Gesichtspunkt einer Demokratie der Vollziehung wieder auftaucht, sei daran erinnert, daß der soeben festgestellte Unterschied in dem vieldeutigen Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Recht die entscheidende Rolle spielt (vgl. S. 86).

§ 50. Staatsform und Weltanschauung.

Der Gegensatz von Autokratie und Demokratie — das ist das Problem der Staatsform — ist somit nicht nur für die im rechtstechnischen Sinne behördliche oder organmäßige, sondern auch für die parteimäßige (also nur im weitesten Sinne organmäßige) Rechtserzeugung von Bedeutung. Allein es handelt sich dabei nicht nur um einen Gegensatz der Methoden der Rechtserzeugung, sondern aller Normbildung und somit sozialer Ordnung überhaupt. Ob solche Ordnung mit oder ohne Beteiligung der ihr Unterworfenen zustande kommt, ist der entscheidende Gesichtspunkt. Der solcherweise bestimmte Begriff der Staats-Form bewährt sich somit als die Idee einer Gesellschafts-Form überhaupt. Darum versteht es sich von selbst, daß unter das Problem der Staats- oder Gesellschaftsform insbesondere auch die Frage der Organisationsform der wirtschaftlichen Unternehmungen fällt: ob innerhalb der das Arbeitsverhältnis regelnden gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen die Führung des Betriebes, sofern sie sich in Verfügungen über die Arbeitnehmer äußert, einseitig durch den Arbeitgeber (Unternehmer) erfolgt — Betriebsautokratie — oder ob durch gesetzliche Vorschriften die Arbeitnehmer an der Leitung des Betriebes mehr oder weniger beteiligt werden: Betriebsdemokratie.

Es ist wesentlich ein formales Prinzip, das in der dem Begriff der Staatsform zugrunde liegenden Unterscheidung zum Ausdruck kommt. Auf den Inhalt der nach dieser oder jener Methode erzeugten Ordnung kann daher in keiner Weise reflektiert sein; weder die eine noch die andere Methode der Normerzeugung ist mit einem bestimmten Norminhalt notwendig verbunden. Darum ist es ein Mißverständnis, ein völliges Verkennen des eigentlichen Sinnes der mit dem Begriff einer Staats-Form verbunden werden kann, wenn gegen den im Gegensatz zur Autokratie entwickelten Begriff der Demokratie geltend gemacht wird, daß er ein bloß formaler sei, und wenn man der „bloß“ formalen oder „politischen“ Demokratie die soziale oder wirtschaftliche Demokratie entgegenstellt und darunter eine soziale Ordnung versteht, die den Normunterworfenen ein — in irgendeinem Sinn — gleiches Maß von Gütern gewährleistet. Ganz abgesehen davon, daß mit diesem „gleichen“ Maß stets auch ein reiches Maß gemeint ist, kann der Begriff der Gleichheit so verschiedene Bedeutungen annehmen, daß es schlechterdings unmöglich ist, ihn mit einem relativ so eindeutigen Worte, wie es Demokratie ist, zu verbinden. Diese Gleichheit will so viel heißen wie Gerechtigkeit und ist ebenso vieldeutig wie diese. Wie immer man aber die Gleichheit der Güterverteilung verstehen will, die durch die soziale Ordnung garantiert werden soll, stets wird sich zeigen, daß solchen Inhalt ebenso eine autokratisch wie eine demokratisch erzeugte Ordnung annehmen kann. Daß etwa eine sozialistische Wirtschaftsordnung ebensogut auf autokratischem wie auf demokratischem Wege zu erzeugen ist, unterliegt keinem Zweifel, und es sind keinesfalls Gründe, die sich aus dem Ideal der irgendwie aufgefaßten materiellen Gleichheit ergeben, die für oder gegen das Ideal der Freiheit, das ist aber die Idee der Demokratie, sprechen. Es ist schlechterdings sinnlos, den seinem Wesen nach formalen Begriff der Demokratie als den Begriff einer spezifischen Rechtserzeugungsmethode für einen Rechtsinhalt in Anspruch zu nehmen, der von dieser Rechtserzeugungsmethode so unabhängig ist, daß er sich mit ihrem vollkommenen Gegensatz verbinden kann.

Da Demokratie wie Autokratie nur Methoden sind, eine soziale Ordnung zu erzeugen, glauben die Vertreter des einen wie des anderen Prinzipes durch dieses die beste Ordnung erreichen zu können. Und darum ist es eine so gänzlich leere und nichtssagende, wenn auch seit jeher äußerst beliebte Argumentation, mit der man die Autokratie gegen die Demokratie auszuspielen versucht: Diese könne vor jener nicht bestehen, weil Autokratie den einzig möglichen Grundsatz vertrete, daß der Beste und nur der Beste herrschen solle. Der „Beste“: das kann in diesem Zusammenhange nur bedeuten, wer die besten Normen setzt; und die besten Normen, das sind eben die Normen, die allein gesetzt werden sollen. Das Schlagwort von der Herrschaft des Besten entpuppt sich als eine elende Tautologie. Nicht das ist fraglich, ob der Beste herrschen solle. Darüber sind sich die Vertreter der Autokratie wie der Demokratie einig; sondern das allein ist politisches, nämlich sozialtechnisches Problem: wie der Beste oder die Besten zur Herrschaft kommen, die Herrschaft behaupten können. Auf die Führerauslese kommt es an. Aber gerade nach dieser Richtung kann gewissenhafte Prüfung zu keiner eindeutigen Entscheidung für oder gegen Autokratie oder Demokratie führen. Wird behauptet, daß Demokratie den Maulhelden und den auf die bösesten Instinkte der Massen spekulierenden Demagogen zur Führerschaft hilft, so kann demgegenüber wieder ins Treffen geführt werden, daß es gerade die Methode der Demokratie ist, die den Kampf um die Führerschaft auf die breiteste Grundlage stellt, indem sie die Führerschaft überhaupt zum Gegenstand öffentlichen Wettbewerbes macht, und so erst eine Basis, ja die größtmögliche Basis für eine Auslese schafft. Während das autokratische Prinzip besonders in seiner realen Gestaltung als bürokratische Monarchie häufig nur wenig Garantien dafür bietet, daß der Tüchtige freie Bahn findet. Dazu kommt, daß die Demokratie — erfahrungsgemäß — so wie sie den Aufstieg zur Führerschaft erleichtert, zugleich auch Garantien dafür schafft, daß ein Führer, der sich nicht bewährt, rasch wieder beseitigt wird, während die Autokratie mit ihren Prinzipien der Lebenslänglichkeit oder gar Erblichkeit von Funktionen gerade in einem gegenteiligen Sinne wirkt. Und im innigsten Zusammenhange damit steht, daß in der Demokratie bei dem hier herrschenden Grundsatz des Sichbewährens und der Freiheit der Kritik die Schäden in der öffentlichen Verwaltung leicht und schnell enthüllt werden, während die Autokratie bei dem vorherrschenden Grundsatz konservativer Wahrung der Autorität der einmal eingesetzten Funktionäre ein traditionelles System der Verhüllung entwickelt. Was kurzsichtige Beobachter in der Demokratie ein größeres Maß von Korruption erblicken läßt als in der Autokratie. Sicherlich ist es ein großer Segen, wenn eine geniale und sittliche Persönlichkeit sich als unbeschränkter Monarch entfalten kann. Allein wie die Geschichte neben innerlich zerfallenden auch macht- wie kulturpolitisch blühende Demokratien kennt, zeigt sie in unbestechlichem Gleichmut neben den Idealgestalten glorreicher die Schreckbilder verkommener Cäsaren, die ihre Staaten vernichtet und ihre Völker in namenloses Unglück gestürzt haben.

Darum kann auch die Entscheidung zwischen Autokratie und Demokratie — dieser Schicksalsfrage aller Politik — weder aus dem angestrebten Inhalt der sozialen Ordnung folgen, deren Erzeugungsmethoden allein in Frage stehen; noch kann sich die Entscheidung danach richten, ob ein für richtig erkannter Ordnungsinhalt nur durch die eine oder andere Methode der Ordnungserzeugung gewährleistet sei. Sondern danach: ob man diesen Ordnungsinhalt für absolut oder nur für relativ richtig zu halten sich befugt glaubt. Das ist nämlich die entscheidende Frage: ob es eine Erkenntnis absoluter Wahrheit, eine Einsicht in absolute Werte gibt oder nicht. Das ist der prinzipielle Gegensatz der Welt- und Lebensanschauungen, in den sich der Gegensatz von Autokratie und Demokratie einfügt: Der Glaube an absolute Wahrheit und absolute Werte schafft die Voraussetzung für eine metaphysische und insbesondere religiös-mystische Weltanschauung. Die Nega-

tion dieser Voraussetzung aber, die Meinung, daß nur relative Wahrheiten, nur relative Werte der menschlichen Erkenntnis erreichbar sind und sohin jede Wahrheit und jeder Wert — so wie der Mensch, der sie findet — allzeit bereit sein muß, abzutreten und anderen Platz zu machen, führt zur Weltanschauung des Kritizismus und des Positivismus, sofern man darunter jene Richtung der Philosophie und Wissenschaft versteht, die vom Positiven, das heißt vom Gegebenen, Erfaßbaren, von der wandelbaren und stets sich wandelnden Erfahrung ausgeht und sohin die Annahme eines dieser Erfahrung transzendierenden Absoluten ablehnt. Diesem Gegensatz der Weltanschauungen entspricht ein Gegensatz der Wertanschauungen, speziell der politischen Grundeinstellung. Der metaphysisch-absolutistischen Weltanschauung ist eine autokratische, der kritisch-relativistischen die demokratische Haltung zugeordnet. Wer mit absoluter Gewißheit weiß, welches die richtige, die beste soziale Ordnung ist, der muß die Zumutung mit Entschiedenheit zurückweisen, die Verwirklichung dieser Ordnung davon abhängig zu machen, daß wenigstens die Mehrheit der Menschen, für die die Ordnung gelten soll, diese Ordnung als beste erkannt und zum Inhalt ihres politischen Wollens gemacht hat, um diese Ordnung selbst erzeugen zu können. Und in der Tat: Was kann es gegenüber der alles überragenden Autorität des absolut Guten anderes geben, als den Gehorsam derer, denen es das Heil bringt, den bedingungslosen und dankbaren Gehorsam gegenüber demjenigen, der — im Besitz des absolut Guten — dieses weiß und will; ein Gehorsam, der freilich in demselben Maße nur auf dem *Glauben* darauf beruhen kann, daß die autoritäre Person des Gesetzgebers im Besitz des absolut Guten, also in Verbindung mit der Gottheit sei, als eine *Erkenntnis* desselben der großen Menge der Normunterworfenen versagt bleibt.

Wer aber absolute Wahrheit und absolute Werte menschlicher Erkenntnis für verschlossen hält, muß nicht nur die eigene, muß auch die fremde, gegenteilige Meinung zumindest für möglich halten. Darum ist der *Relativismus* die Weltanschauung, die der *demokratische Gedanke* voraussetzt. Demokratie schätzt den politischen Willen jedermanns *gleich* ein, wie sie auch jeden politischen Glauben, jede politische Meinung, deren Ausdruck ja nur der politische Wille ist, gleichermaßen achtet. Darum gibt sie jeder politischen Überzeugung die gleiche Möglichkeit sich zu äußern und im freien Wettbewerb um die Gemüter der Menschen sich geltend zu machen. Darum hat man nicht mit Unrecht das dialektische, in Rede und Gegenrede sich entfaltende, die Normerzeugung vorbereitende Verfahren der Volks- wie Parlamentsversammlung als demokratisch erkannt. Die für die Demokratie so charakteristische Herrschaft der Majorität unterscheidet sich von jeder anderen Herrschaft dadurch, daß sie eine Opposition — die Minorität — ihrem innersten Wesen nach nicht nur begrifflich voraussetzt, sondern auch politisch anerkennt und in den Grund- und Freiheitsrechten, im Prinzipe der Proportionalität schützt. Je stärker aber die Minorität, desto mehr wird die Politik der Demokratie eine Politik des Kompromisses, wie auch für die relativistische Weltanschauung nichts charakteristischer ist als die Tendenz zum vermittelnden Ausgleich zwischen zwei gegensätzlichen Standpunkten, von denen man sich keinen ganz und vorbehaltlos und unter völliger Negation des andern zu eigen machen kann. Die Relativität des Wertes, den ein bestimmtes politisches Glaubensbekenntnis aufrichtet, die Unmöglichkeit, für ein politisches Programm, für ein politisches Ideal — bei aller subjektiven Hingebung, bei aller persönlichen Überzeugung — *absolute Gültigkeit* zu beanspruchen, zwingt gebieterisch zu einer Ablehnung auch des *politischen* Absolutismus; mag das nun der Absolutismus eines Monarchen, einer Priester-, Adels-, Kriegerkaste, einer Klasse oder sonst einer privilegierten Gruppe sein. Wer sich in seinem politischen Wollen und Handeln auf *göttliche* Eingebung, auf überirdische Erleuchtung berufen kann, der mag das Recht haben, sein Ohr der Stimme des Menschen zu verschließen und seinen Willen als den Willen

des absolut Guten auch gegen eine Welt von Ungläubigen, Verblendeten, weil anders Wollenden durchzusetzen. Darum konnte die Losung des Gottesgnadentums christlicher Monarchie sein: Autorität nicht Majorität, jene Losung, die zum Angriffsziel für alles geworden ist, was für geistige Freiheit, für wunder- und dogmenbefreite, auf dem menschlichen Verstande und dem Zweifel der Kritik begründete Wissenschaft, politisch aber: für Demokratie ist. Denn wer sich nur auf irdische Wahrheit stützt, wer nur menschliche Erkenntnis die sozialen Ziele richten läßt, der kann den zu ihrer Verwirklichung unvermeidlichen Zwang kaum anders rechtfertigen als durch die Zustimmung wenigstens der Mehrheit derjenigen, denen die Zwangsordnung zum Heile gereichen soll. Und diese Zwangsordnung darf nur so beschaffen sein, daß auch die Minderheit, weil nicht absolut im Unrecht, nicht absolut rechtlos, jederzeit selbst zur Mehrheit werden kann.

Das ist der eigentliche Sinn jenes politischen Systems, das wir Demokratie nennen und das nur darum dem politischen Absolutismus entgegengestellt werden darf, weil es der Ausdruck eines politischen Relativismus ist.



Belege und Verweise.



Zu § 1. Die eingangs zitierten Sätze finden sich bei: FRITZ MAUTHNER, Wörterbuch der Philosophie. Neue Beiträge zu einer Kritik der Sprache. II. Bd., 1910. (Schlagwort: res publica); dort heißt es:

S. 323/4: „In Preußen hießen die Provinzen oder Landschaften mit besonderer Verfassung, wie in den Niederlanden, Staaten. ‚Gesetzsammlung für die königlich preußischen Staaten' ist heute noch offizieller Titel. Und das Patent, mit welchem Franz II. 1804 den österreichischen Staat begründete, spricht von unseren Königreichen und anderen Staaten."

Vgl. OSWALD SPENGLER, Der Untergang des Abendlandes. Umrisse einer Morphologie der Weltgeschichte. II. Bd.,

S. 446: „Der Staat ist die Geschichte als stillstehend, Geschichte der Staat als fließend gedacht ... Die vom Lebensstrom eines Volkes abgezogene Form ist dessen Verfassung in bezug auf das Ringen in und mit der Geschichte."

Über den Namen des Staates finden sich sehr instruktive Ausführungen bei: GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. (Herausgegeben von Walter Jellinek) 1922, S. 129ff. Vgl. ferner: ORAZIO CONDORELLI, Per la storia del nome „stato" (Il nome „stato" in Machiavelli). Modena 1923.

Zur Unterscheidung zwischen Rechtswesens- und Rechtsinhaltsbegriffen vgl.: FELIX SOMLO, Juristische Grundlehre, 1917, S. 26ff.

Zu § 2. Die heute ganz allgemein akzeptierte Gliederung der Allgemeinen Staatslehre in eine kausalwissenschaftlich orientierte Soziallehre oder Soziologie des Staates und eine normativ-juristische Staatsrechtslehre hat GEORG JELLINEK seinem standard work zugrunde gelegt. Vgl. die „Einleitenden Untersuchungen" des 1. und 2. Kapitels dieses Werkes, S. 3—52. Ferner meine Schrift: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, § 1, S. 1ff. Vgl. aber auch schon C. F. VON GERBER, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl. 1869:

S. 1: „Im Staate erhält ein Volk die rechtliche Ordnung seines Gemeinlebens."

S. 2: „Er ist die Rechtsform für das Gesamtleben eines Volks, und diese gehört zu den ursprünglichen und ewigen Typen der sittlichen Ordnung der Menschheit."

S. 1/2: „Die natürliche Betrachtung des im Staate geeinten Volks erzeugt den Eindruck eines Organismus, d. h. einer Gliederung, welche jedem Teile seine eigentümliche Stellung zur Mitwirkung für den Gesamtzweck anweist. Die juristische Betrachtung des Staats aber ergreift zunächst die Tatsache, daß das Volk in ihm zum rechtlichen Gesamtbewußtsein und zur Willensfähigkeit erhoben wird, mit anderen Worten, daß das Volk in ihm zur rechtlichen Persönlichkeit gelangt."

Speziell zum Problem der Zweiseitentheorie des Staates vgl. meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, S. 10ff.; ferner meine Schrift: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, §§ 18—20, S. 105ff. und die dort zitierte Literatur; sowie die Vorrede zur 2. Aufl. meiner: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1923, S. XIXff.

Zu § 3. A—C: Vgl. dazu meine Schrift: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, §§ 2—4, S. 4ff. und die dort zitierte Literatur, insbesondere GEORG SIMMEL, Soziologie, 1908, dessen Theorie der Wechselwirkung der Darstellung im Text zugrunde gelegt ist.

D: Vgl. dazu meine Schrift: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, §§ 2—5; § 6, S. 37ff. und die dort zitierte Literatur, insbesondere Ratzel, Politische Geographie. 2. Aufl., S. 3—23.

Als klassisches Beispiel für eine Organismustheorie, die lediglich als Deckmantel für ethisch-politische Postulate auftritt, vor allem das bekannte und früher viel verbreitete Werk: Bluntschli, Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl. (Lehre vom modernen Staat, I. Teil), 1875, wo es S. 22f. u. S. 34 heißt:

S. 22: „Indem die Geschichte uns Aufschluß gibt über die organische Natur des Staates, läßt sie uns zugleich erkennen, daß der Staat nicht mit den niedern Organismen der Pflanzen und der Tiere auf einer Stufe stehe, sondern von höherer Art sei. Sie stellt ihn als einen sittlich-geistigen Organismus dar, als einen großen Körper, der fähig ist, die Gefühle und Gedanken der Völker in sich aufzunehmen und als Gesetz auszusprechen, als Tat zu verwirklichen. Sie berichtet uns von moralischen Eigenschaften, von dem Charakter der einzelnen Staaten. Sie schreibt dem Staate eine Persönlichkeit zu, die mit Geist und Körper begabt ihren eigenen Willen hat und kundgibt."

S. 23: „Ähnlich verhält es sich mit der männlichen Eigenschaft des modernen Staates, welche erst im Gegensatze zu der weiblichen Kirche erkannt worden ist."

S. 34: „Der höchste zur Zeit noch nicht realisierte Staatsbegriff ist also: Der Staat ist die organisierte Menschheit, aber die Menschheit in ihrer männlichen Erscheinung, nicht in der weiblichen Gestaltung. Der Staat ist der Mann."

Als neuerer Vertreter der organischen Staatslehre gilt Otto Gierke. Dieser lehnt zwar ab, den sozialen Organismus als Naturkörper anzusehen, glaubt aber doch physische und soziale Organismen in dem einheitlichen Begriff des Lebewesens zusammenfassen zu können. Er führt in seiner Schrift „Das Wesen der menschlichen Verbände", 1902, aus:

S. 12/13: „Die organische Theorie betrachtet den Staat und die anderen Verbände als soziale Organismen. Sie behauptet also das Dasein von Gesamtorganismen, deren Teile die Menschen sind, über den Einzelorganismen. Damit subsumiert sie zunächst nur Erscheinungen, an denen sie gemeinsame Merkmale entdeckt, unter einen Gattungsbegriff. Da aber der Begriff des Organismus ursprünglich von den einzelnen Lebewesen abstrahiert ist, sieht die Theorie sich genötigt, den gesellschaftlichen Organismus mit dem Einzelorganismus zu vergleichen."

S. 15/16: „Richtig verstanden sagt der Vergleich nichts anderes aus, als daß wir in dem gesellschaftlichen Körper eine Lebenseinheit eines aus Teilen bestehenden Ganzen erkennen, wie wir sie außerdem nur bei den natürlichen Lebewesen wahrnehmen. Wir vergessen nicht, daß die innere Struktur eines Ganzen, dessen Teile Menschen sind, von einer Beschaffenheit sein muß, für die das Naturganze kein Vorbild bietet; daß hier ein geistiger Zusammenhang stattfindet, der durch psychisch motiviertes Handeln hergestellt und gestaltet, betätigt und gelöst wird; daß hier das Reich der Naturwissenschaft endet und das Reich der Geisteswissenschaft beginnt. Allein wir betrachten das soziale Ganze gleich dem Einzelorganismus als ein Lebendiges und ordnen die Gemeinwesen zusammen mit den Einzelwesen dem Gattungsbegriff des Lebewesens unter."

Dem Einwand, daß die sozialen Organismen sinnlicher Wahrnehmung nicht zugänglich seien, begegnet er in folgender Weise:

S. 16/18: „Unsere sinnliche Wahrnehmung zeige uns nur einzelne Menschen. Wer den unsichtbaren Verbänden ein selbständiges Leben zuschreibe, trage in die sichtbare Wirklichkeit ein übersinnliches Element hinein. Diese Argumentation ist, so häufig sie begegnet, bei aller ihrer Seichtigkeit durch und durch unklar. Es ist zunächst unrichtig, daß die sinnliche Wahrnehmung uns nichts über das Dasein von Verbänden sagen soll. Auch das Verbandsleben spielt sich in körperlichen Ganzen ab, die in die äußere Erscheinung treten. Wir sehen ein Regiment mit klingendem Spiel marschieren; wir erblicken Wähler, die den Stimmzettel in die Urne werfen, wir werden bei einem öffentlichen Aufzuge vom Schutzmann zurückgedrängt, — und wir wissen bei diesen und hundert anderen Sinneseindrücken sofort, daß es sich um Vorgänge handelt, die dem Zusammenhange des Staatslebens angehören. Freilich sehen wir immer nur einzelne Stücke des Staatskörpers. Während wir das Körperbild des einzelnen Menschen als Ganzes in uns aufnehmen, vermögen wir das Körperliche des Staates nicht als Ganzes zu erschauen. Darum kann die Kunst den Staat nicht gleich dem einzelnen Menschen leibhaft darstellen; sie greift zum Symbol und führt uns eine erhabene Frauengestalt als Germania oder Borussia vor. Indessen kann hieraus ein Einwand gegen die Wirklichkeit der gesellschaftlichen Körper nicht hergeleitet werden. Denn die Unzulänglichkeit der Sinne für den Totaleindruck beweist nichts gegen die äußere Gegenständlichkeit. Wir bezweifeln ja auch nicht, daß die Erde ein kugelförmiger Körper ist, obschon wir nur winzige Stücke davon unmittelbar wahrnehmen. Dagegen eins ist unbestreitbar richtig: so viel oder so wenig von den

Verbänden wir sehen mögen, ihre Lebenseinheit sehen wir nicht! Was uns die Sinne zutragen, sind immer nur Körperbewegungen. Deuten wir diese als Wirkungen einer Lebenseinheit, so schließen wir aus dem Sichtbaren auf ein Unsichtbares. Und legen wir irgendeinem Verbande Persönlichkeit bei, so verknüpfen wir die Eigenschaft, ein konstantes Subjekt zu sein, mit dieser unsichtbaren Einheit. Nur liegt die Sache beim einzelnen Menschen nicht anders. Auch seine Lebenseinheit entzieht sich schlechthin der sinnlichen Wahrnehmung. Und auch seine Persönlichkeit ist ein dieser unsichtbaren und nur aus ihren Wirkungen erschlossenen Einheit beigelegtes Attribut. Es ist ein grober Irrtum, daß man die Einzelpersönlichkeit mit dem leiblichen Auge erschauen könne."

Also besteht eigentlich doch kein Unterschied zwischen physischen und sozialen Organismen? Und obgleich GIERKE in seiner Abhandlung: „Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft", Schmollers Jahrbuch 1883, tadelnd hervorhebt:

S. 1104: „Ja noch heute nehmen es staatsrechtliche Arbeiten nicht selten gewissermaßen als ein wohlerworbenes Privileg in Anspruch, sich in jener nebeligen Atmosphäre zu halten, in welcher die Grenzen zwischen juristischer Erörterung und politischen, ethischen oder wirtschaftlichen Erwägungen unklar verschwimmen",

gipfelt seine Schrift über „Das Wesen der menschlichen Verbände" schließlich doch in einer ethisch-politischen Apologie, die den letzten Hintergedanken seiner Organismustheorie enthüllt,

S. 34/5: „Eines aber mag auch dem Juristen verstattet sein: der Hinweis auf die ethische Bedeutung, die dem Gedanken der realen Einheit der Gemeinschaft zukommt. Nur aus diesem Gedanken entspringt die Vorstellung, daß die Gemeinschaft etwas an sich Wertvolles ist. Und nur aus dem höheren Werte des Ganzen gegenüber dem Teil läßt sich die sittliche Pflicht des Menschen begründen, für das Ganze zu leben und, wenn es sein muß, zu sterben. Ist das Volk in Wirklichkeit nur die Summe der jeweiligen einzelnen Volksgenossen und der Staat nur eine Einrichtung zum Wohle der geborenen und noch ungeborenen Individuen, dann mag der Einzelne gezwungen werden, Kraft und Leben für sie einzusetzen. Allein eine sittliche Verpflichtung hierzu kann ihm nicht auferlegt werden. Dann verblaßt der Schimmer einer hohen sittlichen Idee, der zu allen Zeiten den Tod für das Vaterland verklärt hat. Denn warum soll der Einzelne sein Selbst für das Wohlergehen vieler anderer Einzelner opfern, die doch nichts anderes sind als er selbst? Für das sittliche Verhalten von Individuum zu Individuum gilt das Gebot: Liebe deinen Nächsten wie dich selbst! Auf dieses Gebot allein wollen extreme Individualisten idealer Gesinnung, wie Tolstoi, das Leben der menschlichen Gesellschaft gründen, — und siehe da, sie zertrümmern den Staat und predigen den Anarchismus. Die religiöse Ergänzung des Gebotes der Nächstenliebe liegt in dem Gebot, Gott über alles zu lieben. Sie erst baut das Reich Gottes auf, das nicht von dieser Welt ist. Auch für die irdische Gemeinschaft aber heißt es hier: Liebe das Ganze mehr als dich selbst! Und dies hat nur dann einen Sinn, wenn das Ganze ein höheres und wertvolleres als die Summe der Individuen ist, wenn das Gemeinwesen mehr als ein Mittel für die Zwecke der einzelnen bedeutet, und wenn nicht für leere Namen lebt und stirbt, wer für die Ehre und das Wohl, für die Freiheit und das Recht seines Volkes und Staates wirkt und kämpft."

Vgl. dazu: FRITZ SANDER, Staat und Recht. Wiener staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, herausgegeben von HANS KELSEN, I. Bd., S. 245ff.

Eine Wiederentdeckung der organischen Staatstheorie hat neuestens der schwedische Soziologe RUDOLF KJELLEN versucht, dessen Schrift: Der Staat als Lebensform, 4. Aufl., 1924, als eines der erfolgreichsten Werke auf dem Gebiete der Staatslehre bezeichnet werden muß. Ich zitiere die folgenden Stellen:

S. 31ff., „Wir konstatieren nur die Tatsache, daß die Staaten, wie wir sie in der Geschichte verfolgen und wir uns in der Wirklichkeit in ihnen bewegen müssen, sinnlich-vernünftige Wesen sind — wie die Menschen."

S. 35/36: „Die neue Staatswissenschaft ist tief durchdrungen von der Überzeugung, die schon RANKE auf seine Art vor bald einem Jahrhundert vor der großen Welt vertreten hat — nämlich, daß es sich bei ihrem Objekt um überindividuelle Lebewesen handelt, die ebenso wirklich sind wie die Einzelindividuen, nur ungleich größer und mächtiger in ihrem Entwicklungsgang. Es ist tatsächlich unmöglich, sich diesem Eindruck, den die zuletzt wahrgenommene Wirklichkeitsanalyse hinterläßt, zu entziehen. Diese Staaten sprechen und handeln ja, halten Kongresse ab oder kämpfen auf Schlachtfeldern, beneiden und hassen einander oder sympathisieren miteinander, ziehen sich an oder fliehen einander, helfen und stürzen einander, wie andere Lebewesen in einer Gemeinschaft. Jeder Einzelne tritt als Individuum für sich auf, mit seinem besonderen Charakter, seinen Sonderinteressen, seiner Handlungsweise, seiner Gefühlswelt."

In der Frage des Geschlechtes der Staaten scheint KJELLEN — der personifikativen Phantasie des Volkes folgend — den einen Staat als Frau, den anderen als Mann gelten lassen zu wollen:

S. 36: „Welch intensiv persönlichen Eindruck sie machen, läßt sich am besten aus der Bereitwilligkeit erkennen, mit der die Volksphantasie sie durch Personennamen und menschliche Vorstellungen individualisiert: so kennen wir alle „moder Svea", eine Frau, wie auch „la belle France", und man braucht nicht lange in Review of Reviews zu blättern, um „John Bull" oder „Uncle Sam" zu Gesicht zu bekommen, stets die gleichen Typen wie die Figuren eines Puppenspiels. Regierungen wechseln, Generationen lösen einander ab, aber die Mächte scheinen im Grunde die gleichen zu bleiben, ändern sich zumindest nur von Jahrhundert zu Jahrhundert. Entgegen ihren langen, weit und tief zurückreichenden eingewurzelten Traditionen vermögen einzelne bloß einen begrenzten Einfluß auszuüben. Sie sind objektive Realitäten außerhalb und über den Individuen, gleichzeitig in ihnen, und stehen in ihrer Art auch unter der Gewalt der Grundgesetze des Lebens."

S. 175: „Der Staat steht nun nicht als eine zufällige oder künstliche, in juristische Begriffe eingeschnürte Form des menschlichen Zusammenlebens vor uns, sondern als eine in geschichtlichen und tatsächlichen Realitäten tief verwurzelte, organisch herangewachsene Erscheinung des gleichen grundlegenden Typus wie der einzelne Mensch — mit einem Wort als eine biologische Offenbarung oder als ein Lebewesen . . . Wenn der Staat eine Art Leben ist, muß er da nicht auch den Grundgesetzen des Lebens unterworfen sein, unter denen das der Vergänglichkeit das größte ist?"

Die biologischen Lebensgesetze, unter denen der Staat steht, werden von KJELLEN zu durchaus ethisch-politischen Zwecken verwendet. So betont er mit größtem Nachdruck, daß der Boden, die „Erde", das sogenannte Staatsgebiet, unmittelbar der „Körper" des Staates und somit — wie der Mensch ein Körper ist — der Staat selbst sei (S. 53ff.). Er folgert daraus das Prinzip der Integrität des Staatsgebietes, eine politische oder völkerrechtliche Norm,

S. 55 f.: „Eine weitere Folge ist das Recht des Staates, alle Maßnahmen für seine Sicherheit innerhalb seines eigenen Gebietes zu treffen, und sein Mißmut, wenn er etwas von diesem Recht aufgeben muß".

S. 56: „Zugleich folgt negativ aus unserer These, daß kein Staat wirkliche Herrschergewalt auf fremdem Staatsgebiet ausüben kann; denn ein Körper kann nicht zwei Herren dienen."

Auf diese politischen oder positivrechtlichen Thesen — zu denen man natürlich auch ohne jede organische Theorie kommen kann — kommt es selbstverständlich allein an; die Annahme, daß das Staatsgebiet der „Körper" des Staates, der Staat „aus Erde" (S. 54) sei, ist eine ganz überflüssige Verbrämung. Besonders deutlich wird die politische Tendenz, wenn KJELLEN die Forderung nach der Eroberung Finnlands allen Ernstes als Ausdruck eines biologischen Lebensgesetzes darstellt, das er das „Gesetz der Genesung" nennt. Er spricht zunächst von Gebietsverlusten des Staates und fährt dann fort:

S. 57: „Aber wo noch Gesundheit herrscht, zeigt sich ein instinktives Gefühl des Bedürfnisses, das nach außen Verlorene durch intensive innere Entwicklung wieder zu gewinnen. Dieses Gefühl ist es, von dem TEGNÉR das Wort geprägt hat, ‚innerhalb Schwedens Grenzen Finnland wieder zu erobern'. Die Intuition des Dichters erfaßt hier eine tiefe, rein geopolitische Wahrheit; wir sollten sie das Gesetz der Genesung nennen können. Dieses Gesetz war es, das Hollands Volk nach 1830 antrieb, Belgien auf dem Meeresgebiet wieder zu erobern, das Dänemarks Volk nach 1864 antrieb, Schleswig im Heidesand wieder zu erobern; und wenn wir in der jetzigen Zeit in unserem eigenen Land einen gesteigerten Entwicklungstrieb erkennen, ein vermehrtes Interesse an unseren Naturschätzen, gleichzeitig mit einer gewissen Kühnheit und Unternehmungslust in der Verkehrspolitik, die gegen eine lange Periode der Schlappheit stark abstechen, so ist das auch nicht nur Zufall, es ist das Gesetz der Genesung, das uns gebietet, in Bergen, Mooren, Wasserfällen und Verkehrslinien die Union wieder zu erobern."

Wäre nur noch zu fragen, zu welchen Konsequenzen dieses „Gesetz der Genesung" vom Standpunkt eines finnländischen „Sozialbiologen" führen würde. Daß auch die politische Forderung des Nationalstaates als biologisches Gesetz dargestellt wird, trotzdem die historische Wirklichkeit zeigt, wie sehr dieses Postulat noch heute unerfüllt ist und vermutlich auch nie erfüllt werden dürfte, versteht sich von selbst. Sehr bezeichnend ist dabei, daß KJELLEN dasjenige, was der Wunsch vieler, wenn auch keineswegs aller Menschen ist — es gibt sehr viele, die das Nationalstaats-

prinzip sei es aus pazifistischen, sei es aus religiösen, sei es aus anderen Gründen ablehnen — als einen ganz allgemein vom Lebewesen Staat ausgehenden Kraftstrom behauptet:

S. 123: „Aber seine Wirklichkeit und Geltung sind dem Nationalitätsprinzip nicht allein durch eigene Kraft, sondern durch eine Begegnung und Verschmelzung mit einer anderen Kraft von nicht geringerem Wert und Gewicht verbürgt. Diese Gegenströmung ist die Sehnsucht des Staates nach einem lebendigen sinnlichen Inhalt. Ebenso wie ein Strom von der Nation zum Staat geht — wir haben dafür nun genügende Beobachtungen — so fließt auch ein Strom vom Staat zurück zur Nation. Im ersten Fall geht die Initiative von der Nation aus, die ihre Nationalität zur Loyalität idealisieren will. Im zweiten Fall ist der Staat das primäre und leitende Moment, so daß die Loyalität sich zur Nationalität materialisieren will."

S. 124: „In dieser Vermählung zwischen dem Naturwesen der Nation und den Vernunftsbestrebungen des Staates liegt zu tiefst der Gedanke des modernen Staates. Hier spiegelt sich sein innerer Charakter als Lebewesen am klarsten wieder."

Neben imperialistischen verfolgt KJELLEN mit seiner „organischen" Staatsauffassung auch antidemokratische Tendenzen:

S. 91/92: „Was dieser Anschauung in unserer heutigen Meinung Abbruch tut, sind offenbar die bereits angedeuteten politischen Konsequenzen. Sie widerspricht der einfachen Lösung des Volkswillenproblems auf demokratischem Wege, welche die jetzigen Staatsbürger in ihrer Bereitschaft, diesen Volkswillen mit dem Staatswillen selbst zu identifizieren, zur Zeit anstreben. Unsere organische Auffassung motiviert Einrichtungen zum Schutze der Minderheiten und der künftigen Geschlechter, was dem fortgeschrittenen Demokratismus nicht nur gleichgültig, sondern ein Greuel ist."

KJELLEN ist gegen das allgemeine Stimmrecht und für eine Art Interessenvertretung. Dagegen ist nichts einzuwenden. Aber diese politische Forderung wird als eine Art naturwissenschaftliche Wahrheit vorgetragen:

S. 166: „Das allgemeine Stimmrecht schafft nur eine Nationalvertretung, was wir anstreben, ist eine Sozial- oder Gesellschaftsvertretung. Hier zeigt sich nun der Zusammenhang zwischen der Herrschaft und der Gesellschaft plötzlich in klarem Licht. Keiner politischen Form kann Dauerhaftigkeit zugesichert werden, wenn sie nicht ein unmittelbarer Ausdruck der sozialen Wirklichkeiten ist."

S. 167: „Eine Interessenvertretung, bei der die großen praktischen Arbeitssphären der modernen Gesellschaft vor den Staat hintreten, jede mit ihrem Vertrauensmann als Sprachrohr und mit keinem anderen Gewicht, als es ihrem Wert für die Allgemeinheit entspricht — das ist die Lösung des großen Problems der Vertretung."

Das ist politisches Räsonnement, aber keine Naturwissenschaft, die angeblich den Inhalt des KJELLENschen Werkes bildet. Auch patriotische Gefühle — so anerkennenswert sie von jedem anderen Standpunkte sein mögen — dürften eigentlich in einem biologischen Werke keinen Raum finden. Wie stellt aber KJELLEN das Lebensgesetz dar, demzufolge der Staat — wie jedes Lebewesen — einmal sterben muß?

S. 175: „Wenn der Staat eine Art Lebewesen ist, muß er da nicht auch den Grundgesetzen des Lebens unterworfen sein, unter denen das der Vergänglichkeit das größte ist?"

S. 176: „Nur mit Beben streifen wir den Gedanken, daß die Herrschaft der Vergänglichkeit sich sogar bis hierher erstrecken könnte. Wenn das Problem uns im Gedanken an die anderen Staaten mit seiner geheimnisvollen Macht reizt, so schauern wir instinktmäßig davor zurück, wenn es unseren eigenen Staat betrifft. Schon allein der Gedanke, daß unser eigenes Vaterland aufhören sollte zu existieren, widerstrebt uns tief. Vor dieser Möglichkeit ist es natürlich, daß man im allgemeinen diese Frage mit der Formel des Buddhismus abweist: ‚Der Heilige hat es nicht geoffenbart'. Unsere Untersuchung würde jedoch am entscheidenden Punkte versagen, wenn wir uns einer Antwort völlig entzögen: Auf dem Weg, den wir uns vorgesteckt haben, kommen wir nicht so leicht um die Frage herum. Eine Erklärung muß versucht werden, auch wenn wir fühlen, daß wir hier an die Grenzen des Verstandes gelangt sind, wo man von der Wissenschaft eine bestimmte Antwort mehr verlangen kann."

Ist das wirklich noch „Soziologie"?

Und schließlich ein kleines, für den „wissenschaftlichen" Geist dieser Staatsbiologie überaus bezeichnendes Detail. KJELLEN spricht dem Staat mit Leib und Seele natürlich auch einen Willen zu und nimmt — wie beim Menschen — auch eine innerhalb gewisser Schranken gegebene Willensfreiheit des Staates an

(S. 135). Daraus ergebe sich mit Notwendigkeit, daß die Handlungen des Staates so wie die des Einzelmenschen sittlicher Beurteilung zu unterwerfen wären. Während aber KJELLEN sonst immer unter völliger Mißachtung der von ihm in Anspruch genommenen biologischen, das heißt: kausalwissenschaftlichen und also wertfreien Methode ethisch-politische Postulate vorträgt, besinnt er sich gerade dort, wo es darauf ankäme, einen ethischen oder juristischen Maßstab an das internationale Verhalten der Staaten zu legen, plötzlich darauf, daß er eigentlich ein Biologe ist, der gar nicht zu fragen hat, was sein soll, sondern lediglich zu erklären, was ist.

S. 192: „Es hat den Anschein, als bedeute es unter solchen Umständen nicht einmal einen Gewinn, die Illusion über den hohen Stand der Staaten in bezug auf Vernunft und Recht aufrechtzuerhalten. Wir sehen sie mit großen Gebärden die ‚Prinzipien des Rechts und der Gerechtigkeit' als Leitsterne über dem Friedenspalast im Haag anpreisen; aber in der Praxis merken wir von der Gerechtigkeit nicht viel mehr, als daß der Gerechte sieben mal siebzig mal f ä l l t! Lieber sollten wir endlich die Zwangsläufigkeiten verstehen lernen, aus denen die Staaten ihren Weg gehen, als in ohnmächtiger Bitterkeit den Rückfall in die Sünde nachzurechnen und einfach zu verurteilen."

Nimmt man alles in allem, so stellt sich diese organische Staatstheorie, so sehr sie sich auch als Neugeburt der Staatslehre aus dem Geiste echt „wissenschaftlicher" Biologie gebärdet, doch nur als das sattsam bekannte, aus Imperialismus, Nationalismus, Antiinternationalismus, Antidemokratismus zusammengesetzte politische Programm dar. (Vgl. auch meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, S. 19, 20; ferner die Rezensionen des KJELLENschen Buches von MARCK: Kantstudien, Bd. 23, Heft 1, und FRITZ SANDER, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 1, Heft 3 u. 4, S. 338ff.)

Von der gleichen Art ist das von einem bedeutenden Biologen stammende Werk: OSCAR HERTWIG, Der Staat als Organismus, Jena 1922. Schon in seinen biologischen Schriften hat HERTWIG auf gewisse Übereinstimmungen hingewiesen, die zwischen Erscheinungen des Zellenlebens und denen des sozialen Lebens bestehen:

S. 1/2: „In meinem neuen Buch ‚Der Staat als Organismus' schlage ich jetzt den umgekehrten Weg ein. Denn ich bin der Überzeugung, daß auch die vergleichende Untersuchung menschlicher Verhältnisse vom Standpunkt eines biologischen Naturforschers nicht zu unterschätzende Vorteile darbietet, von denen ich nur zwei kurz berühren will. Der eine Vorteil ist die Möglichkeit einer objektiveren Behandlung sozialer und politischer Fragen. Wer Vorgänge als Naturprozesse zu verstehen und Gesetzmäßigkeiten in ihnen zu erkennen sucht, erhebt sich über die Beurteilung derer, die, eingeengt in das bewegte soziale und politische Getriebe, auf einem mehr subjektiven Standpunkt stehen bleiben."

Das Grundprinzip, auf das sich das ganze Werk HERTWIGS aufbaut: der Staat ein biologischer Organismus, der in einer Reihe mit den natürlichen Organismen, insbesondere dem Menschen steht, erfährt allerdings eine gewisse Einschränkung:

S. 11: „Allerdings besteht ein wichtiger Unterschied zwischen dem leiblichen und dem staatlichen Organismus in der Art und Weise, wie in ihnen die einzelnen elementaren Lebensteile zu einem zweckmäßig geordneten Ganzen vereinigt sind. Bei Pflanzen und Tieren stehen die Zellen in festen, körperlichen Verbindungen untereinander, so daß sie sich entweder unmittelbar berühren oder überhaupt nicht mehr durch Grenzen gegeneinander abgesetzt sind; daher sind sie mit wenigen Ausnahmen im Verband überhaupt nicht mehr imstande, ihre Stellung zueinander willkürlich zu verändern. Nach außen tritt der in Zellen zerlegbare Organismus andern als eine in sich vollständig abgeschlossene und räumlich schärfer abgegrenzte, körperliche Einheit gegenüber. Dagegen bewahren im menschlichen Staat, wenn wir ihn einem Organismus vergleichen, alle einzelnen Individuen ihre vollständige körperliche Selbständigkeit. Die Verbindungen, durch die sie untereinander zusammengehalten werden und dabei ihre besondere Stellung im übergeordneten Organismus angewiesen erhalten, sind geistiger und sittlicher Art. Doch auch auf diesem Wege treten die einzelnen Individuen trotz ihrer körperlichen Selbständigkeit und des hierdurch ermöglichten freieren Spiels der Kräfte in feste, durch Regeln und Gesetze genau geordnete Beziehungen zueinander, durch welche ihre Tätigkeiten im Dienste der Allgemeinheit reguliert und ihre verschiedenen körperlichen und geistigen Fähigkeiten und Bedürfnisse im Wirtschafts- und Geistesleben des Staates zur Geltung gebracht und befriedigt werden."

Daß mit der Einsicht in den geistig-ethischen Charakter der staatlichen „Verbindung" die ganze Auffassung vom Staat als biologischem Organismus unmöglich ge-

worden ist, bleibt HERTWIG unbewußt; denn er weiß nicht, daß die auf Geistig-sittliches gerichtete Erkenntnis methodisch nach einer ganz anderen Richtung zielt und darum einen ganz anderen Gegenstand betrifft als die naturwissenschaftliche Betrachtung. Für HERTWIG liegt das Geistig-Sittliche vielmehr in derselben Entwicklungsreihe wie das Biologische, nur sozusagen um eine Stufe höher.

S. 74: „Beim Treiben der Tiere und bei ihren vom Instinkt geleiteten Handlungen kann man weder von Recht noch Unrecht, noch von sittlich und unsittlich reden. Diese Begriffe haben sich erst beim Menschen infolge seiner Vergesellschaftung und als edelste Frucht derselben gebildet."

Trotz der Versicherung, das staatliche Leben nur vom Standpunkt objektiver Naturwissenschaft zu behandeln, ist HERTWIGS Schrift nichts anderes als ein heftiges Plaidoyer g e g e n d i e S o z i a l d e m o k r a t i e mit allen in dieser Richtung schon unzählige Male vorgebrachten Argumenten. Daß HERTWIG mit seiner angeblichen Staatsbiologie eigentlich politische Zwecke verfolgt, gibt er gleich im Anfang offen zu, wenn er sagt:

S. 5: „Der Vergleich des Staates mit einem leiblichen Organismus — das ist meine feste Überzeugung — ist kein müßiges, leeres Spiel der Phantasie, sondern kann bei tieferer Ausgestaltung nach vielen Richtungen aufklärend wirken und die dunklen sozialen Triebkräfte in der menschlichen Gesellschaft nach bestimmteren Zielen zukünftiger organischer Fortentwicklung des Staatswesens hinlenken. Eine wesentliche Aufgabe vorliegender Schrift erblicke ich in dem in ihr gemachten Versuch, den allgemeinen, oben ausgesprochenen Ideen einen konkreteren Inhalt in vielen Einzelheiten zu geben und dadurch auch politisch und sozial wirklich weiter fruchtbar zu machen."

Über die logische Unmöglichkeit, aus der Erkenntnis kausalgesetzlicher Zusammenhänge politische Ziele abzuleiten, darüber, daß solche Deduktion von vornherein schon eine Erschleichung sein muß, täuscht sich HERTWIG mit Hilfe der schon in der engeren Biologie verhängnisvollen Doppeldeutigkeit des Entwicklungsbegriffes hinweg. Das Entwicklungsgesetz wird eben sowohl als Gesetz tatsächlichen Geschehens als auch als Wertgesetz im Sinne der Norm einer Höherentwicklung aufgefaßt.

S. 6: „Der Entwicklungsgedanke in der Biologie trägt etwas Hoffnungsfreudiges in sich. Wer sich ihm hingibt, glaubt mit einem berechtigten Optimismus in die Zukunft der Organismenwelt blicken zu dürfen. Denn wenn viele ihrer Repräsentanten in langen Zeitläuften der Erdgeschichte, wie die moderne Biologie lehrt, sich aus niedersten Lebensformen, aus vereinzelten Zellen, zu vielzelligen, hochorganisierten Pflanzen und Tieren, also zu wahren Wunderwerken der Schöpfung, in langen Zeiträumen durch eine unabsehbare Reihe kleiner Veränderungen entwickelt haben, wenn ferner sich ein vielfach entsprechender Entwicklungsprozeß beim Werden eines individuellen Organismus in stark abgekürzter und ontogenetisch veränderter Form immer wieder aufs neue wiederholt, so erwächst in uns der nicht unberechtigte Glaube, daß auch in Zukunft die Vervollkommnung der Organismenwelt in ihren einzelnen Gliedern durch Entwicklung noch keineswegs abgeschlossen ist, sondern daß hier noch ungeahnte Möglichkeiten vorliegen."

Auf diese Weise kann HERTWIG den anarchistischen Tendenzen der Marxistischen Gesellschaftslehre entgegenhalten:

S. 153/4: „Hier wie dort wird die Bedeutung verkannt, welche die Organisation in der Entwicklung der organischen Welt von niederen zu höheren Daseinsformen spielt. Es wird nicht begriffen, daß wie in der Entwicklung der Lebewesen die elementaren Zellen zu Geweben, zu Organen, zu pflanzlichen oder tierischen Individuen höherer Ordnung, so auch in der Entwicklung der Menschheit die in ihrer Vereinzelung machtlosen und wenig leistungsfähigen Einzelmenschen zu kleineren oder größeren Gruppen, von der Familie beginnend, vereint werden und daß u n t e r d e n z a h l r e i c h e n n i e d e r e n u n d h ö h e r e n G r u p p e n b i l d u n g e n d i e w i c h t i g s t e d e r a u f v ö l k i s c h e r G r u n d l a g e b e r u h e n d e S t a a t i s t, da er allein kraft seiner Organisation überhaupt erst die Möglichkeit gewährt, alle Anlagen des Menschengeschlechtes zu ihrer Entfaltung zu bringen. Daß der Staat wie der einzelne Mensch seine Fehler hat, von denen bald der eine, bald der andere zu verschiedenen Zeiten in die Erscheinung tritt, versteht sich von selbst, da er aus Menschen mit ihren Tugenden und Schwächen zusammengesetzt ist. Daher mögen politische Parteien, indem sie diesen oder jenen Fehler betonen, von Obrigkeits-, von Polizei-, von Beamten-, von Klassenstaat, von Militär-, von Krämer-, von Priesterstaat reden und, was sie für Auswüchse halten, bekämpfen; sie mögen überall, wo sich etwas zur Zeit erreichen

läßt, ihre bessernde Hand anlegen, aber sie sollten dabei nicht die Torheit begehen, den Staat überhaupt verneinen und beseitigen zu wollen. Denn mit der Zerstörung der im Staat gegebenen Organisation oder mit derTrennung der im staatlichen Organismus verbundenen Menschen wird auch die höhere menschliche Kultur, die im Laufe der Geschichte langsam erworben worden ist, mit allen Vorteilen besserer Lebenshaltung zerstört."

Ein weiteres Beispiel für diese Art biologischer Methode,

S. 154/5: „Werden Staaten mit Organismen verglichen, dann entspricht der Begriff ‚Gesellschaft' dem histologischen Begriff ‚Gewebe'. Der Staat ist eine größere Vereinigung zueinander gehöriger Menschen mit einer nur ihm eigentümlichen spezifischen Organisation, mit einer festen Abgrenzung nach außen und mit einem zu ihm gehörigen, gleichfalls abgegrenzten Territorium der Erde, das einer Oberhoheit untersteht. Jeder Staat ist somit eine Individualität, die in ihrer Eigenart nur einmal vorkommt. Dagegen ist die Gesellschaft keine abgegrenzte Einheit, ebensowenig wie das pflanzliche und tierische Gewebe und besitzt daher auch keine eigene Individualität. Sie findet sich, wie das Gewebe in allen Pflanzen und Tieren, so als konstituierender Bestandteil in allen Staaten und ist insofern international."

Daraus, daß die Gesellschaft ein „Gewebe" und kein „Organismus" ist, glaubt Hertwig schließen zu dürfen:

S. 156/7: „Eine wirkliche, tiefer begründete Solidarität zwischen den Proletariern der verschiedenen Staaten, wie sie die Sozialdemokratie glauben machen will, besteht also in Wirklichkeit nicht. Daß sie von den Verfechtern einer solchen nur vorgetäuscht wird, hat gleich der Ausbruch des Weltkrieges und haben die ihm folgenden Ereignisse deutlich gezeigt. Von einer Harmonie der französischen, belgischen, italienischen und englischen Arbeiter mit den deutschen ist während und nach dem Krieg fürwahr nichts mehr zu merken gewesen. In allen Ländern sieht sich der deutsche Arbeiter ausgeschlossen und geächtet, selbst wo es sich um die Wiederherstellung des Zerstörungsgebietes in Frankreich handelt. Wenn also auch vorübergehend die völkische Eigenart im Klassenkampf einmal zurückgedrängt werden mag, so wird sie doch in jedem Volksstaat, solange dieser eine wahrhaft historische Individualität mit ihren eigenen Kulturaufgaben darstellt und dadurch allein eine höhere Existenzberechtigung in der Entwicklung der Menschheit in sich trägt, immer wieder zum Durchbruch und zur Geltung kommen. Nach Zeiten der Umnachtung wird sich ein solches Volk seiner Eigenart immer wieder bewußt werden. Der lockende Sirenengesang der internationalen Kommunisten ‚Proletarier aller Länder vereinigt Euch' wird dann durch das machtvolle Wort des sich selbst bewußt werdenden Volkstums: ‚Ans Vaterland, ans teure, schließ dich an, da ruhn die starken Wurzeln deiner Kraft' überwunden werden. — Ein Volk aber, das von sich behauptet, daß es kein Vaterland mehr hat, ist wert, daß es als Staat zu existieren aufhört."

Da Hertwig mit diesen seinen Feststellungen „wissenschaftliche", und zwar naturwissenschaftliche Wahrheiten zu verkünden glaubt, muß seiner Anschauung nach nur konsequent

S. 157: „. . . die von Marx und Engels herangezüchtete, staatsfeindliche und internationale Gesinnung in der deutschen Sozialdemokratie und in der von ihr beherrschten Arbeiterschaft als eine wissenschaftliche Verirrung bezeichnet werden; zugleich ist sie aber auch noch zu einer Sünde an dem deutschen Staat geworden, zu dessen jähem Fall, zu dessen Zertrümmerung und beginnenden Verelendung sie sehr viel beigetragen hat, wie sich schon jetzt aus der neuesten Geschichte erkennen läßt."

Diese patriotische Biologie ist auch darum so drollig. weil der von ihr bekämpfte Marxismus mit ganz der gleichen naturwissenschaftlichen, d. h. kausalgesetzlich orientierten, auf die Erkenntnis eines natürlichen Entwicklungsgesetzes der Gesellschaft abzielenden Methode zu operieren vorgibt.

Als ein klassisches Beispiel, wie ein Biologe „Naturgesetze" auffaßt, wenn er mit ihnen das soziale „Leben" erklären will, diene der folgende Satz, in dem eines der wichtigsten Ergebnisse der Hertwigschen Schrift zusammengefaßt wird:

S. 172: „In seinen extremen Richtungen, wie z. B. im Kommunismus, verstößt der Arbeitersozialismus mit seinen Lehren nicht nur gegen das Gesetz der Arbeitsteilung und Differenzierung, sondern auch gegen die Tatsachen der Volksvermehrung; er verstößt also gegen zwei Naturgesetze, von denen das ganze organische Leben beherrscht wird."

Und schließlich dieser:

S. 226: „Aus dem Chaos der Anarchie werden wieder neue Volksstaaten als Organismen verjüngt auferstehen, und dabei werden in ihnen nach dem Gesetz der Arbeitsteilung und Diffe-

renzierung die Menschen wieder in neuen Organisationen verbunden werden. An Stelle der alten werden sich dann wieder neue Ungleichheiten ausbilden, da nirgends in der lebendigen Natur eine vollkommenere Organisation ohne Ungleichheit der Teile besteht. So wird auch nach bitteren Erfahrungen in einer verkehrten Welt und nach dem Schiffbruch der nivellierenden Tendenzen oder der modernen Gleichmacherei die menschliche Ungleichheit in anderer Form schließlich wieder zu Ehren kommen."

Nicht als ob hier die Zulässigkeit oder Richtigkeit eines solchen politischen Programms in Frage gezogen werden sollte! Wogegen allein, jedoch mit umso größerem Nachdruck im Interesse reinlicher Wissenschaft Protest erhoben werden muß, das ist der Versuch, dieses oder irgendein anderes politisches Programm als biologische oder sonst eine „natürliche" Wahrheit zu verkünden.

Zur Organismustheorie vgl. auch RICHARD SCHMIDT, Allgemeine Staatslehre, I. Bd., § 18, S. 156—166.

Zu § 4. A—C: Vgl. dazu meine Schrift: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, §§ 6—11 (S. 33ff.) und die dort zitierte Literatur, insbesondere SIMMEL: Soziologie. Bei SIMMEL (a. a. O. S. 558ff.) findet sich die methodologisch grundlegende Unterscheidung zwischen psychischem Akt und geistigem Gehalt.

D: Über den naturrechtlichen Charakter der modernen Soziologie vgl. die ausgezeichnete Schrift: ADOLF MENZEL, Naturrecht und Soziologie, Wien 1912.

Zu § 5. Vgl. HERMANN COHEN, Ethik des reinen Willens, 3. Aufl. 1921,

S. 64: „Die Staatslehre ist notwendigerweise Staatsrechtslehre. Die Methodik der Staatslehre liegt in der Rechtswissenschaft. Wie sehr auch andere Wissenschaften in Mitwirkung treten müssen, um den Begriff der Staatswissenschaft zu konstituieren, so bildet doch unstreitig die Rechtswissenschaft die methodische Grundlage. Wenn man die Volkswirtschaftslehre und ihre Hilfswissenschaften für die Staatslehre in Betracht zieht, so treten unversehens die Staatswissenschaften im Pluralis auf. Die Staatswissenschaft, ihr Begriff, ihre Methodik ist vorzugsweise durch die Rechtswissenschaft bedingt."

A—C: Vgl. dazu meine Schrift: Der soziologische und juristische Staatsbegriff, §§ 17—19 (S. 75ff.).

D: Den in diesem Abschnitt dargestellten Grundgedanken der „verstehenden Soziologie" entwickelt MAX WEBER in seinem großangelegten Werk: Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen, 1922 (Grundriß der Sozialökonomik, III. Abt.). Vgl. dazu meine Schrift: Der soziologische und juristische Staatsbegriff, § 27 (S. 156ff.). Die wichtigsten Stellen aus WEBERS Werk, auf die sich meine Darstellung bezieht, sind die folgenden:

S. 1: „Soziologie (im hier verstandenen Sinn dieses so vieldeutig gebrauchten Wortes) soll heißen: eine Wissenschaft, welche soziales Handeln deutend verstehen und dadurch in seinem Ablauf und seinen Wirkungen ursächlich erklären will."

S. 6: „Handeln im Sinn sinnhaft verständlicher Orientierung des eignen Verhaltens gibt es für uns stets nur als Verhalten von einer oder mehreren einzelnen Personen. Für andere Erkenntniszwecke mag es nützlich oder nötig sein, das Einzelindividuum z. B. als eine Vergesellschaftung von ‚Zellen' oder als einen Komplex biochemischer Reaktionen, oder sein ‚psychisches' Leben als durch (gleichviel wie qualifizierte) Einzelelemente konstituiert aufzufassen."

S. 6/7: „Für wiederum andere (z. B. juristische) Erkenntniszwecke oder für praktische Ziele kann es andererseits zweckmäßig und geradezu unvermeidlich sein: soziale Gebilde (‚Staat', ‚Genossenschaft', ‚Aktiengesellschaft', ‚Stiftung') genau so zu behandeln, wie Einzelindividuen (z. B. als Träger von Rechten und Pflichten oder als Täter rechtlich relevanter Handlungen). Für die verstehende Deutung des Handelns durch die Soziologie sind dagegen diese Gebilde lediglich Abläufe und Zusammenhänge spezifischen Handelns einzelner Menschen, da diese allein für uns verständliche Träger von sinnhaft orientiertem Handeln sind. Trotzdem kann die Soziologie auch für ihre Zwecke jene kollektiven Gedankengebilde anderer Betrachtungsweisen nicht etwa ignorieren. Denn die Deutung des Handelns hat zu jenen Kollektivbegriffen folgende beiden Beziehungen: a) Sie selbst ist oft genötigt, mit ganz ähnlichen (oft mit ganz gleichartig bezeichneten) Kollektivbegriffen zu arbeiten, um überhaupt eine verständliche Terminologie

zu gewinnen. Die Juristen- sowohl wie die Alltagssprache bezeichnet z. B. als ‚Staat' sowohl den Rechtsbegriff wie jenen Tatbestand sozialen Handelns, für welchen die Rechtsregeln gelten wollen. Für die Soziologie besteht der Tatbestand ‚Staat' nicht notwendig nur oder gerade aus den rechtlich relevanten Bestandteilen. Und jedenfalls gibt es für sie keine handelnde Kollektivpersönlichkeit. Wenn sie von ‚Staat' oder von ‚Nation' oder von ‚Aktiengesellschaft' oder von ‚Familie' oder von ‚Armeekorps' oder von ähnlichen ‚Gebilden' spricht, so meint sie damit vielmehr lediglich einen bestimmt gearteten Ablauf tatsächlichen oder als möglich konstruierten sozialen Handelns einzelner, schiebt also dem juristischen Begriff, den sie um seiner Präzision und Eingelebtheit willen verwendet, einen gänzlich anderen Sinn unter. — b) Die Deutung des Handelns muß von der grundlegend wichtigen Tatsache Notiz nehmen: daß jene dem Alltagsdenken oder dem juristischen (oder anderem Fach-)Denken angehörigen Kollektivgebilde Vorstellungen von etwas teils Seiendem, teils Geltensollendem in den Köpfen realer Menschen (der Richter und Beamten nicht nur, sondern auch des ‚Publikums') sind, an denen sich deren Handeln orientiert und daß sie als solche eine ganz gewaltige, oft geradezu beherrschende, kausale Bedeutung für die Art des Ablaufs des Handelns der realen Menschen haben. Vor allem aber als Vorstellungen von etwas Gelten- (oder auch: Nicht-Gelten)-Sollendem. (Ein moderner ‚Staat' besteht zum nicht unerheblichen Teil deshalb in dieser Art: — als Komplex eines spezifischen Zusammenhandelns von Menschen, — weil bestimmte Menschen ihr Handeln an der Vorstellung orientieren, daß er bestehe oder so bestehen solle: daß also Ordnungen von jener juristisch-orientierten Art gelten)."

S. 13: „Die soziale Beziehung besteht, auch wenn es sich um sogenannte ‚soziale Gebilde', wie ‚Staat', ‚Kirche', ‚Genossenschaft', ‚Ehe' usw. handelt, ausschließlich und lediglich in der Chance, daß ein seinem Sinngehalt nach in angebbarer Art aufeinander eingestelltes Handeln stattfand, stattfindet oder stattfinden wird. Dies ist immer festzuhalten, um eine ‚substanzielle' Auffassung dieser Begriffe zu vermeiden. Ein ‚Staat' hört z. B. soziologisch zu ‚existieren' dann auf, sobald die Chance, daß bestimmte Arten von sinnhaft orientiertem sozialen Handeln ablaufen, geschwunden ist. Diese Chance kann eine sehr große oder eine verschwindend geringe sein. In dem Sinn und Maße, als sie tatsächlich (schätzungsweise) bestand oder besteht, bestand oder besteht auch die betreffende soziale Beziehung. Ein anderer klarer Sinn ist mit der Aussage: daß z. B. ein bestimmter ‚Staat' noch oder nicht mehr ‚existiere', schlechthin nicht zu verbinden."

S. 14. „Die für die juristische Betrachtung unvermeidliche Alternative: daß ein Rechtssatz bestimmten Sinnes entweder (im Rechtssinn) gelte oder nicht, ein Rechtsverhältnis entweder bestehe oder nicht, gilt für die soziologische Betrachtung also nicht."

Zu § 6. A: Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, I. Bd. 1901, S. 116ff. unterscheidet deutlich die Frage nach der Entstehung des Staates von der Frage nach den Entstehungsbedingungen des Staates. Er lehnt die erstere ab, versucht aber die letztere zu beantworten. Vgl. a. a. O. S. 123ff.

B: Vgl. dazu Hermann Rehm, Allgemeine Staatslehre, 1899, §§ 66—69, S. 266—275; meine Abhandlung: Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie, Imago, VIII. Jahrg. 1922, 2. Heft, S. 97ff., sowie die dort angeführte Literatur, insbesondere Sigmund Freud, Totem und Tabu, 2. Aufl. 1920 und Heinrich Schurtz, Altersklassen und Männerbünde, 1902. Ferner meine Abhandlung: Gott und Staat, Logos Bd. 11, Heft 3, S. 261ff. und die dort zitierte Literatur. Ferner Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 126.

C: Die Klassenkampftheorie ist die Staatswesens- und sohin auch die Staatsentstehungstheorie des marxistischen Sozialismus. Vgl. dazu meine Schrift: Sozialismus und Staat, 2. Aufl. 1923 und die dort zitierte Literatur, insbesondere Friedrich Engels, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates, 6. Aufl. 1894, und Max Adler, Die Staatsauffassung des Marxismus, (Marx-Studien, IV. Bd., II. Halbbd.) 1922. Der marxistischen Theorie sehr verwandt sind die Staatsentstehungstheorien von Ludwig Gumplowicz, Die soziologische Staatsidee, 2. Aufl. 1902, und von Franz Oppenheimer, Der Staat, (Die Gesellschaft, herausgegeben von Martin Buber, 2. Aufl. 1902, Bd. XIV/XV.

Der gleichen Methode wie die marxistische These: alle Staaten sind Klassen-Staaten, d. h. Staaten, in denen die eine Klasse die andere beherrscht, entspringt das Dogma Oswald Spenglers:

„Es gibt nur Standes-Staaten, Staaten, in denen ein einzelner Stand regiert."

(Untergang des Abendlandes, II. Bd., S. 457.) Hier wird — wie in der marxistischen Theorie die Klassenherrschaft — die Standesherrschaft mit der Staatsherrschaft und in diesem Sinn — so wie im Marxismus die Klasse — der Stand mit dem Staate identifiziert. SPENGLER sympathisiert offen mit der aristokratischen Staatsform und trägt sein politisches Werturteil als Wesenswahrheit vor. Denn es gibt nach SPENGLER nur zwei Stände, Adel und Klerus, und von diesen wird nur der Adel als „eigentlicher" Stand, d. h. als „Inbegriff von Blut und Rasse" (a. a. O. S. 414) anerkannt. Die Weltgeschichte ist um so „echter", je „rassenhafter", d. h. je aristokratischer die Staatsverfassung ist (a. a. O. S. 415, 416ff.). Da es SPENGLER hauptsächlich darauf ankommt, seine — gegen die Demokratie gerichteten — politischen Postulate möglichst nachdrücklich — also im Gewande von Wesensurteilen — vorzutragen, geniert es ihn nicht weiter, seinen Hauptlehrsatz, daß es nur Standesstaaten gebe, in demselben Abschnitt zu entwickeln, in dem er ganz unbefangen auch von Staaten spricht, die gerade das Gegenteil von Standesstaaten sind. Das sind vor allem die modernen, auf kapitalistischer Grundlage errichteten Demokratien, in denen das Bürgertum herrscht, das SPENGLER — um den Wesensgegensatz zum Adel auszudrücken — geradezu als „Nicht-Stand" charakterisiert (a. a. O. S. 561).

„Die Wendung tritt ein, sobald mit der großen Stadt der Nichtstand, das Bürgertum, die Führung übernimmt . . . Gegen Blut und Tradition erheben sich die Mächte des Geistes und Goldes. An Stelle des Organischen tritt das Organisierte, an Stelle des Standes die Partei."

Also gibt es doch auch Partei-Staaten und nicht nur Standes-Staaten, da die modernen Demokratien doch wohl Staaten und offenbar keine Standes-Staaten sind? Durchaus nicht. Denn an anderer Stelle glaubt SPENGLER die Demokratie gerade dadurch herabsetzen zu können, daß er erklärt: Geist und Geld — diese beiden Grundkräfte der Demokratie — sei beides

„rücksichtslos auf die Herrschaft eines Standes gerichtet, der die Hoheit des Staates über sich nicht anerkennt"

(S. 405). Welches ‚Standes', da es doch nur zwei Stände, ja, ‚eigentlich' nur einen, den Adel gibt, und welches Staates, da die Herrschaft des Staates doch nur die Herrschaft eines Standes sein kann? An diese von der Standesherrschaft sehr verschiedene Staatshoheit rekurriert SPENGLER eben nur gegen die ihm mißliebige Demokratie. Oder er operiert mit diesem seiner Hauptthese völlig widersprechenden Begriff eines vom Stand unabhängigen Staates, um das von ihm politisch gleichfalls bejahte monarchische Prinzip zu stützen. Als ob er niemals den Satz ausgesprochen hätte, es gibt nur Standesstaaten, charakterisiert er eine bestimmte historische Entwicklung als

„den Sieg des Staates über den Stand". „Jetzt bricht das Gefühl hervor, daß es noch etwas gibt, dem auch der Adel untersteht, und zwar in Gemeinschaft mit allen anderen, sei es Stand oder Beruf, etwas Ungreifbares, eine Idee. Die unbeschränkte privatrechtliche Auffassung der Ereignisse geht in eine staatsrechtliche über."

Zwar sucht SPENGLER den offenkundigen Widerspruch zu überkleistern.

„Mag dieser Staat noch so sehr Adelsstaat sein, und das ist er fast (!) ohne Ausnahme . . . das Gefühl ist doch anders geworden . . ."

(S. 466). Allein mit diesem „Gefühl" mußte auch der Staat ein anderer geworden sein, da der Staat — auch der Adelsstaat — nur in einem derartigen ‚Gefühl' lebendig ist, nur ideelle Existenz hat. Und daß es der wirkliche Staat, nicht bloß die Idee oder das ‚Gefühl' von ihm ist, was SPENGLER im Auge hat, wenn er hier von einem über dem Stande, ja im Gegensatz zum Stande stehenden Staate spricht, das beweist, daß er in anderem Zusammenhange sagt, in England sei

„mit dem Siege der Gentry"

— also doch eines ‚echten' Standes —

„der Staat abgeschafft"

worden (a. a. O. S. 489).

„Das Parlament hat damals Wilhelm von Oranien als König eingesetzt und später Georg I. und II. an der Abdankung verhindert, und zwar beides im Standesinteresse."

In Konsequenz seiner Hauptthese hätte SPENGLER sagen müssen, daß mit dem Siege der Gentry in England der Staat erst geschaffen oder wieder geschaffen, aber nicht, daß er abgeschafft worden sei. Aber mit der Konsequenz nimmt es SPENGLER nicht allzu genau. Es gibt nur Standes-Staaten, Stand und Partei sind die denkbar schärfsten Gegensätze. Die moderne Demokratie ist ein Staat, in dem eine Partei herrscht, der Nicht-Stand, ihre Grundtendenzen sind aber auf die Herrschaft eines Standes — gegen wahre Staatsherrschaft — gerichtet. England ist eine typische Adels-, also Standesherrschaft, also ist doch der Staat abgeschafft, aber: Es herrscht hier doch nur eine — Partei, nämlich nur eine von zwei Adelsparteien:

„Was man hier Opposition nannte, war die Haltung der einen Adelspartei, solange die andere die Regierung führte"

(a. a. O. S. 515).

Zu § 7. Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 7. Kapitel, S. 184—229.

A: Vgl. RICHARD SCHMIDT, Allgemeine Staatslehre, I. Bd., Einleitung, § 4, S. 25ff.; HERMANN REHM, Allgemeine Staatslehre, § 2, S. 8—10; dann GEORG JELLINEK, a. a. O. S. 13ff.

B: Vgl. meine Schrift: Sozialismus und Staat, 2. Aufl., 1923.

C: Vgl. meine Abhandlung: Politische Weltanschauung und Erziehung, Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung, II. Bd., 1912, S. 1ff.; ferner meine Schrift: Marx oder Lassalle, 1924.

Zur sogen. „Anerkennungstheorie" meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, XII. Kapitel, S. 346ff.

Zu den metaphysischen Staatstheorien: HOBHOUSE, Die metaphysische Staatstheorie, Leipzig 1924.

Zu § 8. Vgl. J. C. BLUNTSCHLI, Allgemeine Staatslehre, V. Buch, S. 45—358; GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 8. Kapitel, S. 230—265; RICHARD SCHMIDT, Allgemeine Staatslehre, I. Bd., § 17, S. 145ff.

Zu § 9. Vgl. RICHARD SCHMIDT, Allgemeine Staatslehre, I. Bd., §§ 3, 4, S. 19ff.; GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 4. Kapitel, S. 71—125.

Zu § 10. Vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, insbesondere die Vorrede zur 2. Aufl., sowie die dort zitierte Literatur. Ferner meine Schriften: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 9, 13ff. und: Rechtswissenschaft und Recht, 1922. Zur Lehre vom Rechtssatz auch die jüngst erschienene Schrift: FELIX KAUFMANN, Die Kriterien des Rechts, 1924.

Vgl. ferner C F. VON GERBER, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsechts, 2. Aufl. 1869:

S. 2: „Die Auffassung des Staats als eines persönlichen Wesens ist die Voraussetzung jeder juristischen Konstruktion des Staatsrechts."

und

S. 3: „Das Staatsrecht als wissenschaftliche Lehre hat zum Gegenstand die Entwicklung des dem Staate als solchem zustehenden Rechts."

Ferner OTTO GIERKE, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft:

S. 1125: „Bei der Betrachtung des Staates geht Laband durchwegs von der richtigen Erwägung aus, daß für das Staatsrecht den Mittelpunkt aller juristischen Konstruktion nicht der Staat als objektive Institution, sondern der Staat als Subjekt von Rechten und Pflichten bildet.

Die Möglichkeit der vollen Durchführung des Rechtsgedankens im Staatsrecht steht und fällt in der Tat mit der Möglichkeit, den Inbegriff von Rechtsnormen, welche die staatliche Ordnung ausmachen, zugleich ohne Rückstand in rechtlich begrenzte subjektive Willenssphären auseinanderzulegen. Es ist daher durchaus zu billigen, daß Laband in das Zentrum der staatsrechtlichen Begriffe den Begriff der Persönlichkeit des Staates rückt."

Zu § 11. Vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, XXII., XXVII. Kapitel, S. 567—664.

Zu § 12. Vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, XI. Kapitel, S. 311 bis 346. Ferner Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912, und dazu meine Probleme der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 164.

Zu § 13. Vgl. meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 16ff., und meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, IV. bis VI. Kapitel, S. 97—188, sowie Vorrede zur 2. Aufl., S. IXff. Ferner meine Abhandlung: Zur Theorie der juristischen Fiktionen, Annalen der Philosophie, I. Bd., 1919, S. 639ff.

Zu § 14. Vgl. meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 289ff.

C: Zu Rechtsinhaltsbegriff der juristischen Person vgl. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft:

S. 439: „Rechtstechnisch ganz entbehrlich ist nun der Rechtspersönlichkeitsbegriff überall da, wo einem Verband kein Vermögen zugewiesen ist . . ."

Nur der Rechtsinhaltsbegriff der juristischen Person ist ein rechtstechnischer Begriff in diesem Sinne. Der Rechtswesensbegriff der Person, als Ausdruck für die Einheit der Rechtsordnung, ist für die Darstellung des Rechtsstoffes gewiß „entbehrlich"; er ist ein bloßes Hilfsmittel, dessen man sich bedienen kann, aber nicht muß.

Zu § 15. Vgl. dazu C. F. von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, S. 219ff. Den Unterschied zwischen dem Rechtswesensbegriff und dem Rechtsinhaltsbegriff der juristischen Person des Staates sieht schon Gerber. A. a. O. S. 2 heißt es:

S. 2: „Die Auffassung des Staates als eines persönlichen Wesens ist die Voraussetzung jeder juristischen Konstruktion des Staatsrechts. Der rechtliche Begriff der Staatspersönlichkeit ist aber ein ursprünglicher, und will in seiner Eigentümlichkeit erfaßt werden. Es beruht auf einem Verkennen der Stellung des Staates im Zusammenhange der ethischen Ordnungen der Menschheit, wenn man die rechtliche Persönlichkeit des Volks im Staate als einen abgeleiteten Begriff behandelt, und die Gattung desselben in den juristischen Personen des Privatrechts sucht, indem man den Staat in die Skala der letzteren einreiht. Entweder ist man dann genötigt, das privatrechtliche Institut mit einer Reihe von Elementen auszustatten, die seinem Zwecke ganz fremd sind, oder den Staat seiner spezifischen Art zu entkleiden, bis er sich in die Reihe der Korporationen einfügen läßt. Es ist vielmehr wiederholt hervorzuheben, daß die Jurisprudenz in ihrem vollen Rechte war, wenn sie zwischen dem Staate in seiner eigentlichen Funktion und dem Staate in seiner Stellung als Fiskus unterschied, und nur für letzteren die privatrechtliche juristische Person in Anspruch nahm."

Vgl. ferner meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, XIV. Kapitel, S. 395 bis 412; sowie meine Schrift: Grenzen zwischen soziologischer und juristischer Methode, 1911, S. 59ff.; ferner meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 16ff.; und meine Schrift: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, §§ 22, 23, S. 132—140.

Zu § 16. Vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 4 und Vorwort zur 2. Aufl., S. XVII; ferner meinen Aufsatz: Über Staatsunrecht, in Grünhuts Zeitschr. für das gesamte öffentliche und Privatrecht der Gegenwart, 1913; meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 21, 147; meine Abhandlung: Das Verhältnis von Recht und Staat im Lichte der Erkenntniskritik, Zeitschrift für öffentliches Recht, II. Bd., 5. u. 6. Heft, S. 453ff., 1921; und Fritz Sander, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung, Zeitschrift für öffentliches Recht, II. Bd., 5. u. 6. Heft, S. 511ff. Dann meine Gegenschrift: Rechtswissenschaft und Recht, 1922, S. 129ff.; schließlich meine Schrift: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 10.—12. Kapitel, S. 205—253; und Fritz Sander, Staat und Recht (Wiener staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, I. Bd.), passim.

Zu § 17. A u. B: Vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, XXVI. u. XXVII. Kap., S. 629—663, und Vorrede zur 2. Aufl., S. VIII und die dort zitierte Literatur, insbes. meine Abhandlung: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentl. Rechts, XXXI. Bd., 1913, S. 53ff. u. 190ff., und Franz Weyr, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, Archiv des öffentl. Rechts, 1908, S. 529ff.

C: Vgl. dazu H. Krabbe, Die Lehre der Rechtssouveränität, 1906, S. 42ff.

D: Vgl. meine Schrift: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, § 23, S. 136—140.

ad 1. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre,

S. 15: „Ist nun auch die Politik ihren Zielen und ihrer Methode nach von sozialer Staats- und Staatsrechtslehre durchaus zu trennen, so ist anderseits bei dem inneren Zusammenhang aller Gebiete einer Wissenschaft die praktische Disziplin von hoher Bedeutung für gedeihliche Behandlung der theoretischen."

S. 17: „Ein wichtiger Grundsatz, der aus solcher Erkenntnis folgt, lautet dahin, daß das politisch Unmögliche nicht Gegenstand ernsthafter juristischer Untersuchung sein kann."

S. 18: „Ein zweiter wichtiger Grundsatz, den politische Erkenntnis die Rechtswissenschaft lehrt, besagt, daß die Vermutung für die Rechtmäßigkeit der Handlungen der obersten Staatsorgane spricht."

ad 2 u. 3. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Bd., 1. Aufl.:

S. 97: „Das Zivilgerichtsurteil gründet sich stets auf das Gesetz, das es auf den Einzelfall zur Anwendung bringt. Die Versuchung liegt nahe, auch für den Verwaltungsakt eine solche Grundlage zu fordern. Allein so ohne weiteres ist das nicht richtig. Es muß unterschieden werden. In obrigkeitlicher Weise dem Untertanen gegenüber zu bestimmen, was für ihn im Einzelfall Rechtens sein soll, gehört keineswegs zum Vorbehalt des Gesetzes. Das ist eine Äußerung der öffentlichen Gewalt, die an sich auch der vollziehenden Gewalt zusteht. Vielmehr wird es auf den Inhalt des Verwaltungsaktes ankommen. Soll damit ein Eingriff gemacht werden in Freiheit und Eigentum, Befehl, Lastauflegung, Begründung einer Zahlungspflicht, dingliche Entziehung oder Beschränkung, dann bedarf es hierzu selbstverständlich einer gesetzlichen Grundlage. Nicht weil überhaupt bestimmt wird, daß etwas für ihn Rechtens ist, sondern weil bestimmt wird, daß ein solcher Eingriff gegen ihn stattfinden soll. Der Verwaltungsakt kann aber auch umgekehrt dem Untertanen einen Vorteil zuwenden, ein Besitzrecht, eine Nutzung, einen Geldbezug. Da ist der Vorbehalt des Gesetzes nicht in Frage und es zeigt sich sofort, daß der Verwaltungsakt seine Wirkung übt aus eigener Kraft."

Otto Mayer polemisiert dann — mit Beziehung auf den Verwaltungsakt — dagegen, daß

S. 97, Anm.: „hinter allem, was gilt, ein Rechtssatz sein müsse, nach dessen Maßgabe es geschieht".

In der 2. Aufl. heißt es:

S. 100: „Das Gerichtsurteil ergeht nur auf Grund des Gesetzes. Der Verwaltungsakt auch, soweit der Vorbehalt des Gesetzes reicht oder tatsächlich ein Gesetz sich der Materie bemächtigt hat. Das letztere ist entfernt nicht für alle Lebensbeziehungen der Verwaltung schehen (absichtlich nicht!); der Vorbehalt aber läßt Lücken frei. Soweit das der Fall ist, wirkt dann der Verwaltungsakt selbständig. Er ist nicht wie das Rechtsgeschäft des Privaten,

das alle seine rechtliche Wirksamkeit aus dem Gesetze zieht, sondern ist selbst öffentliche Gewalt, die aus sich selber rechtlich bestimmend wirkt, soweit ihr nicht besonders rechtlich Schranken gesetzt sind."

Und in einer Anmerkung:

S. 100: „Unkontrollierbare Eindrücke des Privatrechtes und der Justiz wirken zusammen, um die Behauptung nahezulegen, jeder Verwaltungsakt, jede Verfügung oder wie man es nennen mag, müsse einen Rechtssatz hinter sich haben, um zu gelten."

Otto Mayer spricht sich gerade mit Bezug auf den Verwaltungsakt für das Gegenteil aus.

E: Vgl. Edgar Loening, Artikel „Staat (Allgemeine Staatslehre)", Handwörterbuch der Staatswissenschaften, VII. Bd., 3. Aufl.

S. 693: „Unter dem Einflusse der vielfach unrichtig verstandenen Lehren Machiavellis begründete man im 17. Jahrh. mit der ragione di stato, der Staatsraison oder Staatskunst, in der praktischen Politik wie in der Literatur die Lehre, daß das augenblickliche Interesse des Staates für den Staatsmann allein maßgebend sein müsse und die Politik weder an die Schranken des Rechts noch an die der Moral gebunden sei. Der Ausdruck Staat selbst erhielt dadurch eine üble Nebenbedeutung, und V. L. von Seckendorff verwahrt sich in der Vorrede zu seinem Fürstenstaat (1655) dagegen, daß er mit dem Worte Staat keineswegs das gemeint, was darunter heutzutage öfters begriffen werde und fast eine Untreue, Schandtat und Leichtfertigkeit zu nennen sein wird, die an etlichen verkehrten Orten mit dem Staat, ratione status oder Staatssachen entschuldigt werden will'. Noch 1685 (Vorrede zu dem Christenstaat) erklärt er, der Gebrauch des Wortes Staat ekele ihn eigentlich an, doch gebrauche er es, weil ‚er es mit keinem bequemeren auszuwechseln gewußt und es Bürgerrecht in unserer Muttersprache verdient zu haben scheine'. Er versteht darunter aber nicht etwa den Staat im heutigen Sinn, sondern nur Zustand, Stand, und er will das letztere Wort nur deshalb nicht gebrauchen, weil es mehr ‚eine persönliche Beschaffenheit' bezeichne."

In eigenartiger Weise nimmt mitunter der Gegensatz von „Staat" und „Recht" die gleiche Bedeutung an, wie jener von „öffentlichem" und „privatem" und zugleich von „objektivem" und subjektivem" Recht. „Staat" heißt dann soviel, wie „öffentliches", „objektives" Recht, „Recht" soviel wie „privates", „subjektives" Recht. Vgl. dazu Otto Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1874:

S. 296 ff.: „Um das von der neueren Wissenschaft gelegte feste Fundament, auf welches hiernach jedweder staatsrechtliche Weiterbau unbedingt sich stützen muß, in seinem unzerstörbaren Grundriß aufzudecken, müssen wir vor allem uns daran erinnern, daß in unserer Zeit sowohl dem Leben wie der Wissenschaft die Aufgabe zufiel, zwei prinzipiell entgegengesetzte Grundrichtungen in der Auffassung des Staates in eine höhere Einheit aufzulösen. Von diesen Grundrichtungen war die eine, indem sie von der alleinigen Realität des Allgemeinen ausging, zuletzt zur Negation des Rechtsmomentes im Staatsrecht, die andere, indem sie ausschließlich die Realität des Individuellen statuierte, zur Zersetzung des Staatsbegriffes gelangt. Die erste dieser extremen Richtungen beherrschte die antike Welt und hat mit der Wiederbelebung der antiken Ideen ihre Auferstehung in der Philosophie, Jurisprudenz und Politik gefeiert. Ihr ist der Mensch für den Staat da. Nur das Allgemeine hat hier volle Wirklichkeit, ist schlechthin sich selbst Zweck, trägt den Grund seines Bestehens ausschließlich in sich selbst. Das Individuum ist in letzter Instanz nicht für sich, sondern für die Allgemeinheit vorhanden. — Hieraus folgen bezüglich der Entstehung des Staates alle jene mannigfachen Theorien, welche das Aristotelische Grundthema, daß das Ganze vor den Teilen ist, variieren. Seinem Wesen nach aber stellt sich der Staat als ein schlechthin selbständiges Ganzes mit unselbständigen Teilen dar, das durch sich selbst, in sich selbst und um seiner selbst willen eine Einheit ist. Auf diese Grundauffassung hat es keinen Einfluß, wie im übrigen der Staat vorgestellt, ob er als Naturwesen, als göttliche Stiftung, als souveräner Wille, als verkörperte Idee oder sich entwickelnder Begriff betrachtet wird. In juristischer Beziehung muß ihm jedenfalls eine Persönlichkeit zugeschrieben werden, die nicht nur schlechthin einheitlich, sondern auch allumfassend ist, sodaß für alle diejenigen Verhältnisse, auf welche sie sich bezieht, eine eigene Persönlichkeit der im Staat vereinigten Individuen nicht gedacht werden kann. Auch den Individuen freilich läßt sich eine Persönlichkeit zugestehen, aber dies ist nur so möglich, daß für sie ein von der staatlichen Sphäre vollkommen abgegrenzter Kreis individualistischer Verhältnisse abgesondert wird, in welchem der freie Einzelwille souveräne Macht erhält. Hieraus ergibt sich für das Recht, dessen Aufgabe die Ordnung der durch das Zusammenleben von Personen entstehenden Willensbeziehungen ist, daß es seinem Begriff nach im Grunde die innere Einrichtung des Staates gar nicht umfaßt. Denn nur in bezug auf die im Staate freigelassene Individualsphäre existiert ja überhaupt eine Mehrheit von Personen, deren Willensgebiete der Abgrenzung gegenüber bedürfen;

und wie im übrigen das Verhältnis der dies vollführenden Ordnung zum Staate gedacht werden mag, jedenfalls ist ihr Inhalt für die einzelnen Menschen wahres und eigentliches Recht. Einen von diesem Privatrecht spezifisch verschiedenen Charakter dagegen muß die staatliche Daseinsordnung haben, die ja nur ein einziger souveräner Wille für sich selbst erläßt. Mag das öffentliche Recht scheinbar noch so viele Ähnlichkeiten mit dem Privatrecht darbieten, immer fehlen ihm die entscheidenden Merkmale, die das letztere erst zum Recht machen. Denn zwischen einer schlechthin einheitlichen Persönlichkeit und ihren schlechthin unselbständigen Gliedern, zwischen einem kausalen Ganzen und seinen bewirkten Teilen kann es nie und nimmer eine Gegenseitigkeit von Willensbeziehungen geben. Die Neigung zu dem entgegengesetzten Extrem der individualistischen Staatsauffassung herrschte im germanischen Zeitalter vor und verdankt der naturrechtlichen Schule ihre mit den mannigfachsten Gestaltveränderungen vollzogene Durchführung in Philosophie, Jurisprudenz und Politik. Diese Richtung liegt dem Satz zugrunde, daß der Staat für den Menschen da ist. Nur das Individuum hat hier Realität, ist sich selbst Zweck, besteht von Natur als Einheit. Der Staat ist nur ein Mittel, um die gemeinschaftlichen, aber darum nicht weniger individuellen Interessen aller oder vieler Individuen mit vereinter Kraft besser verfolgen zu können. Bezüglich der Entstehung des Staates folgt hieraus, daß jedenfalls das Individuum vor dem Staate vorhanden war, mag nun im übrigen an eine mehr oder minder bewußte schöpferische Tat der vorher unverbundenen Individuen, an eine mehr oder minder freie Tätigkeit des menschlichen Willens, an einen so oder so bestimmten Vertrag oder Unterwerfungsakt gedacht werden. Seinem Wesen nach stellt sich hier der Staat schlechthin nur als ein Komplex von Personen und Einrichtungen dar, die gleich den Teilen einer komplizierten Maschine zu einem einheitlichen Resultate zusammenwirken. Eine eigene ihm immanente Wesenseinheit jedoch besitzt dieser Staat nicht. An sich sind daher auch in juristischer Beziehung nur die Individuen, welche den Staat bilden, mit einer eigenen und originären Persönlichkeit begabt. Der Staat als solcher ist an sich keine Person, sondern eine Summe ungleich gestellter, teils herrschender, teils beherrschter Einzelpersonen. Während jedoch die einen, indem sie die Konsequenzen des Individualismus völlig ziehen, in der Tat die Staatspersönlichkeit schlechthin negieren und ihr die herrschenden Individuen substituieren, wollen die anderen, ohne damit im Grunde den individualistischen Boden zu verlassen, aus Gründen der äußeren Zweckmäßigkeit dem Staate die Rolle eines einheitlichen Rechtssubjektes zuteilen. Auch im letzteren Falle soll mit der Annahme einer juristischen Persönlichkeit des Staates keineswegs eine eigentümliche Wesenheit des Allgemeinen ausgedrückt, sondern nur eine Fiktion für technisch-formale Zwecke aufgestellt werden. Diese Staatspersönlichkeit ist ein bloßer künstlicher Notbehelf, ein Hilfsmittel der Konstruktion, ein abstraktes Gedankending, dem keine Realität entspricht. Sie ist eine lediglich in der Idee vorhandene Einheit, auf welche diejenigen Eigenschaften des Individuums, deren man für die Zwecke der Personifikation bedarf, übertragen werden. Und so wird tatsächlich auch hier die individualistische Basis nicht aufgegeben, sondern nur neben die natürlichen Individuen ein künstliches Staatsindividuum gesetzt. Was nun aber das Recht betrifft, so ergibt sich für dieses aus der individualistischen Staatsauffassung allerdings die Möglichkeit, in gleicher Weise die staatlichen wie die Einzelbeziehungen zu umfassen. Denn auch die Ordnung des staatlichen Daseins hat es ja, wenn dieses Dasein das Resultat des Zusammenwirkens von Individuen ist, mit der Abgrenzung selbständiger Willensgebiete gegen einander zu tun. Allein das öffentliche Recht muß auf dieser Grundlage zuletzt genau so individualistisch konstruiert werden wie das Privatrecht, und so sehr sie es verschleiern mag, im Grunde wird jede Staatsrechtslehre, die sich lediglich auf das Individuum gründet, auf eine privatrechtliche Auffassung hinauskommen. So wird hier allerdings dem Staatsrecht, soweit nicht andere Gründe entgegenstehen, der volle Rechtscharakter gerettet, allein es gelingt dies nur, indem und soweit das Staatsrecht der Privatrechtsidee unterworfen wird. Und was damit der Rechtsgedanke gewinnt, daß büßt unfehlbar der Staatsgedanke ein."

F: Vgl. H. KRABBE, Die moderne Staatsidee, 1919.

Zu § 18. Vgl. dazu J. C. BLUNTSCHLI, Allgemeine Staatslehre, I. Buch, 1. Kapitel, S. 14—25.

GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 144—148, VI. Kapitel, III. Abschnitt, S. 174—183, und XIII. Kapitel, S. 394—434. Speziell die beiden Definitionen: Der soziale Staatsbegriff:

S. 180/181: „Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit seßhafter Menschen";

der juristische Staatsbegriff:

S. 183: „Als Rechtsbegriff ist der Staat demnach die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines seßhaften Volkes oder, um einen neuerdings gebräuchlich gewordenen Terminus anzuwenden, die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestattete Gebietskörperschaft."

Ferner meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Vorrede zur 2. Aufl., S. XX—XXI und die dort zitierte Literatur, insbesonders meine Schrift: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, § 14, S. 84—86, § 21, S. 121—131.

Zu § 19. A: Vgl. meine Schrift: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, § 16, S. 91—92.

B: Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre:

S. 356: „Im staatlichen Leben gehen die faktischen Verhältnisse den von ihnen erzeugten Normen stets voraus. Es sind daher im Bildungsprozesse der Staaten oder bei gewaltsamen Umwälzungen im Staatsleben Epochen vorhanden, in denen die Staatsordnung zuvörderst als rein tatsächliche Macht erscheint, die erst, wenn sie historisch geworden oder im Denken der Menschen rationalisiert wird, den Charakter rechtlicher Macht annimmt;"

ferner S. 427—434; speziell:

S. 433: „Der das Gemeinwesen leitende und seine Zwecke versorgende Wille kann in primitiven Verhältnissen oder während staatlicher Erschütterungen den Charakter einer rein faktischen Gewalt haben, in entwickelten Staatswesen jedoch, unter normalen Verhältnissen, trägt er stets das Merkmal einer rechtlichen Gewalt an sich. Da er auf die Dauer nicht durch Einzelbefehle, sondern nur nach festen Regeln zu wirken vermag, da er fester Institutionen bedarf, um sich mit Sicherheit durchzusetzen, so liegen seiner Tätigkeit dauernde, feste, von den einzelnen Personen unabhängige Willensverhältnisse zugrunde. Solche durch feste Regeln geordnete Willensverhältnisse sind aber Rechtsverhältnisse. So ist denn im Begriffe der Staatsgewalt schon der der rechtlichen Ordnung enthalten. Daher ist die Staatsgewalt in ihrer Organisation und ihren Beziehungen zu ihren Objekten der Gegenstand des Staatsrechtes. Alles Staatsrecht ist Lehre von der Staatsgewalt, ihren Organen, ihren Funktionen, ihren Grenzen, ihren Rechten, ihren Pflichten."

Dann Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, I. Bd., S. 8ff.

C—F: Vgl. C. F. von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts:

S. 21 f.: „Die rechtliche Äußerung der Staatsgewalt ist das Herrschen. Dies bedeutet eine für die Aufgaben der staatlichen Verbindung wirksame Willensmacht, welcher das ganze Volk in allen seinen Gliedern unterworfen ist. Ihr Erfolg, auch dem innerlich Widerstrebenden gegenüber, beruht darauf, daß sie die höchste Macht im Volke und daß allgemein die Überzeugung von ihrer Unwiderstehlichkeit begründet ist."

Vgl. ferner Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre:

S. 427/8: „Eine jede aus Menschen bestehende Zweckeinheit bedarf einer Leitung durch einen Willen. Dieser die gemeinsamen Zwecke des Verbandes versorgende Wille, der anordnet und die Vollziehung seiner Anordnungen leitet, stellt die Verbandsgewalt dar. Daher hat jeder noch so lose Verband, wofern er nur als eine von seinen Mitgliedern verschiedene Einheit erscheint, seine ihm eigentümliche Gewalt. Solcher Gewalten gibt es aber zwei Arten: herrschende und nicht herrschende Gewalten. Worin liegt der Unterschied beider? Die einfache, nicht herrschende Verbandsgewalt ist dadurch charakterisiert, daß sie zwar Vorschriften für die Verbandsmitglieder erlassen kann, aber nicht imstande ist, die Befolgung ihrer Befehle aus eigener Macht, mit eigenen Mitteln zu erzwingen. Jedem nicht mit Herrschermacht ausgerüsteten Verbande kann sich jedes Mitglied jederzeit entziehen. Soll es im Verbande festgehalten werden, oder soll es trotz seines Austrittes aus dem Verbande, dessen Satzungen entsprechend, noch immer Pflichten gegen den Verband erfüllen, so ist hierzu die Ermächtigung oder das Gebot einer über dem Verband stehenden herrschenden Macht notwendig."

S. 429/30: „Herrschergewalt hingegen ist unwiderstehliche Gewalt. Herrschen heißt unbedingt befehlen und Erfüllungszwang üben können. Jeder Macht kann sich der Unterworfene entziehen, nur der Herrschermacht nicht. Jeder andere Verband kann ausstoßen, der herrschende Verband kann aus ursprünglicher Macht im Verbande festhalten. Nur bedingter Austritt ist aus dem Staate möglich, nämlich um sich einem anderen zu unterwerfen. Dem Imperium kann heute niemand, auch nicht der Heimatlose, entfliehen, es sei denn, daß er sich in eine Wüste oder in die Nähe der Pole flüchte. Nur solchergestalt willigt der Staat heute in die Lösung des Bandes zwischen ihm und dem Mitglied, aber immer setzt er eine solche Fähigkeit der Ausbürgerung oder Auswanderung durch seine Rechtsordnung fest, stellt die Bedingungen auf, unter denen er sie gewährt oder verweigert."

S. 430, Anmerkung: „Niemals reicht, wie bei dem Austritt aus einem privaten Verbande, eine bloße Willenserklärung zur Ausbürgerung aus."

S. 430: „Die mit solcher Gewalt ausgerüstete Gewalt ist Herrschergewalt und damit Staatsgewalt. Herrschen ist das Kriterium, das die Staatsgewalt von allen anderen Gewalten unter-

scheidet. Wo daher Herrschergewalt bei einem dem Staate eingegliederten Verbande oder einem Individuum zu finden ist, da stammt sie aus der Staatsgewalt, ist, selbst wenn sie zum eigenen Rechte des Verbandes geworden ist, nicht ursprüngliche, sondern abgeleitete Gewalt."

Zu § 20. Vgl. C. F. von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, S. 22. Ferner Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XIV. Kapitel, S. 435—504; Hermann Rehm, Allgemeine Staatslehre, § 10—§ 16, S. 40—70. Ferner meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, I., II. u. III. Kapitel, S. 1—102 und die dort zitierte Literatur.

A. Vgl. Otto Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien:

S. 175 f.: „Wir verstehen unter ‚Staat' das höchste und umfassendste unter den sinnlich nicht wahrnehmbaren und doch mit geistigen Mitteln als ‚wirklich' erkennbaren Gemeinwesen, welche die menschliche Gattungsexistenz über der Individualexistenz offenbaren. Dieses Gemeinwesen ist uns die dauernde, lebendig wollende und handelnde Einheit, zu welcher ein ganzes Volk sich zusammenschließt. Jeder Einzelne und jede Summe von Einzelnen erscheinen uns insoweit, als es sich um ihre Stellung im staatlichen Gemeinwesen handelt, nicht als abgeschlossene Individualexistenzen, sondern als Glieder einer Gesamtexistenz; sie haben eben insofern an einer höheren Daseinsordnung Teil, die sich über der Lebensordnung der Einzelnen erhebt. Auch der Herrscher daher ist uns vielleicht das wichtigste, das allein über die Bewegung des Ganzen entscheidende Glied des Gemeinwesens, aber er ist eben nur ein Teil des Ganzen und daher für sich allein kein Ganzes; wir mögen ihn mit dem Haupt eines Körpers vergleichen, aber wir müssen uns bewußt bleiben, daß das Haupt ohne den Körper keine Individualität ausmacht. Diesen unseren Anschauungen nun entspricht in juristischer Beziehung die Lehre von der Persönlichkeit des Staates. Das Gemeinwesen als solches ist uns das oberste Subjekt im öffentlichen Recht; der Herrscher ist uns nur das vornehmste Glied und herrschende Organ der mit ihm sich keineswegs deckenden Staatspersönlichkeit. Damit steht allerdings manches in der herrschenden Staatslehre, besonders der historisch überkommene Souveränitätsbegriff, noch in einem gewissen Widerspruch. Denn sobald man die Staatspersönlichkeit zum Ausgangspunkt des Staatsrechts macht, darf man in letzter Instanz nur von einer Souveränität des Staates selbst, nicht von der Souveränität eines Staatsgliedes über den Staat sprechen. Allein das sind Reste einer älteren Staatsanschauung, die es zu überwinden gilt."

S. 304: „Unter die menschlichen Gesellschaftsexistenzen gehört nun insbesondere der Staat. Das Wesen ‚staatlicher' Verbindung beruht darin, daß sie die machtvolle Durchführung des allgemeinen Willens zum Inhalt hat. Sie ist die Gemeinschaft des politischen Handelns. Ihre Substanz ist der allgemeine Wille, ihre Erscheinungsform die organisierte Macht, ihre Aufgabe die zweckbewußte Tat. Staatliches Gemeinleben dieser Art existierte von je: von einem eigentlichen Staate spricht man jedoch erst, sobald ein eigentümlicher und besonderer Organismus des staatlichen Lebens sich ausgestaltet. Auch das isolierte Geschlecht, die umherschweifende Horde, der wandernde Stamm erfüllen bereits staatliche Funktionen, allein der Staat ist hier noch nicht zur selbständigen Wesenheit gelangt. Ist das letztere geschehen, so können die staatlichen Aufgaben von mehreren engeren und weiteren Verbänden, von stufenweise aufsteigenden politischen Gemeinden, Körperschaften und Bünden übernommen werden. Sie alle sind staatlicher Natur. Einen spezifischen Charakter jedoch und eine Reihe qualitativer Unterschiede von allen anderen politischen Verbänden muß derjenige Machtverband aufweisen, dessen Macht nach oben hin durch keine ähnliche Macht beschränkt, und noch weiterhin jeder ähnlichen Macht überlegen ist. Denn eine Macht, welche die höchste ist, unterscheidet sich von jeder anderen Macht durch das spezifische Merkmal, daß sie durch und durch Macht, die Macht schlechthin ist; und ein Wille, dem derartige Macht entspricht, ist von jedem anderen Willen als ein souveräner, schlechthin allgemeiner, nur durch sich selbst bestimmter Wille verschieden. Deshalb nennt man unter den politischen Verbänden, obwohl sie alle staatlich sind, nur den jeweilig höchsten Machtverband „Staat".

C: Vgl. Leonhard Nelson, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917; ferner meine Abhandlung: Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft, Schmollers Jahrbuch, Bd. 40, 1916, S. 138/139:

S. 138: „Ich muß, will ich moralisch werten, dogmatisch Moraltheorie treiben — so operieren, als ob die Normen der vom mir akzeptierten Moral ein höchstes, nicht weiter ableitbares, d. h. ein souveränes Normsystem wären. Ganz ebenso wie eine selbständige Rechtswissenschaft, besondere Rechtswerturteile nur unter der analogen Voraussetzung der Souveränität der Rechtsordnung möglich sind. Diese Souveränität der Rechtsordnung und nichts anderes ist dasjenige, was man als ihre Positivität bezeichnet. Vom Standpunkte normativ-juristischer

Betrachtung ist Souveränität eine Eigenschaft der Rechtsordnung, nicht aber einer als Staat bezeichneten sozialen Realität. Nur sofern man den Staat als eine Ordnung erkennt, die dann nur die Rechtsordnung sein kann, wenn man den Staat als die Personifikation des Rechtes vorstellt, dann gebührt natürlich dem Staate das Attribut der Souveränität, dessen rein normativen Charakter die bisherige Staatslehre übersehen hat. (Woraus sich die argen Verwirrungen erklären, die alle modernen Darstellungen des Souveränitätsproblems charakterisieren.) Damit ist aber auch die wahre Beziehung aufgeklärt, die zwischen dem Begriffe des positiven Rechtes und dem des (souveränen) Staates besteht, und die unter manchen Verzerrungen von der herrschenden Theorie im Prinzip angenommen wird, wenn sie die Positivität des Rechtes auf die fälschlich für empirisch gehaltene Autorität des Staates gründet. Ob diese Positivität des Rechtes oder die damit gleichbedeutende Souveränität des Staates eine Fiktion ist, kann hier dahingestellt bleiben; es genügt in diesem Zusammenhange, festzustellen, daß sie keinen absoluten Charakter habe, da keinem inhaltlich irgendwie bestimmten Normsysteme, keiner konkreten Ordnung, somit auch jener nicht, die man als Staat anspricht, die Eigenschaft einer obersten, nicht weiter ableitbaren, von der Erkenntnis mit Notwendigkeit zugesprochen werden kann; es genügt, den relativen Charakter der Positivität des Rechtes oder der Souveränität des Staates aufzuzeigen und festzustellen, daß der Verzicht auf die Annahme der Positivität oder Souveränität des Rechtsstaates die Unmöglichkeit eines selbständigen Rechtsbegriffes und somit einer selbständigen Rechtswissenschaft bedeutet.“

Ferner: FRITZ SANDER, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, Zeitschrift für öffentl. Recht, Bd. 1, 1919/20, S. 162.

G: Vgl. H. KRABBE, Die Lehre der Rechtssouveränität, 1906, und dazu mein Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, §§ 5 u. 6, S. 22—36.

H: Vgl. dazu meinen Artikel: „Souveränität“ im Wörterbuch des Völkerrechts, herausgegeben von KARL STRUPP, Bd. II, 1925, S. 554ff. und die dort zitierte Literatur; ferner ALFRED VERDROSS, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923, I.—III. Kapitel, S. 1—36.

Zu § 21. Vgl. dazu meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, III., S. 53—85 und die dort zitierte Literatur, insbesondere GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 486—496.

Zu § 22. Vgl. meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, V.—IX. Xapitel, S. 102—274, und die dort zitierte Literatur, insbesondere FRITZ SANDER, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, Zeitschrift für öffentl. Recht, I. Bd., S. 132ff.; ferner ALFRED VERDROSS, Zur Konstruktion des Völkerrechts, Zeitschrift für Völkerrecht, 1914, S. 329ff. und derselbe: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, IV.—VII. Kapitel, S. 36—135.

Zu § 23. Vgl. meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, XI. Kapitel, S. 314—319; ferner HANS NAWIASKY, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, 1920, S. 26ff., S. 29.

Zu Exkurs: Staat und Kirche. Vgl. ULRICH STUTZ, Kirchenrecht, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorf und Kohler, 7. Aufl., V. Bd., 1914, S. 390ff.; ferner PAUL HINSCHIUS: Allgemeine Darstellung des Verhältnisses von Staat und Kirche, Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, herausgegeben von HEINRICH MARQUARDSEN, I. Bd., 1887, S. 187ff.

Zu § 24. A: Vgl. meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 71ff. u. Der soziologische und juristische Staatsbegriff, § 14, S. 84—86. FRITZ SANDER, Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, Zeitschrift für öffentl. Recht, I. Bd., 1919/20, S. 468ff.

B—E: Vgl. WALTER HENRICH, Theorie des Staatsgebietes, 1922, und die dort zitierte Literatur, insbesondere ERNST RADNITZKY, Die rechtliche Natur des Staats-

gebietes, 1905, Archiv des öffentl. Rechts, Bd. 20, S. 313ff. DONATO DONATI, Stato e Territorio, 1924.

Ferner: C. F. VON GERBER, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, S. 62ff.:

S. 64/5: „Das Territorium, welches nach dem eben bezeichneten Rechte Gegenstand der Staatsgewalt ist, hat aber zugleich die Bedeutung des am meisten charakteristischen Attributs seines Staats. In seinem Landesgebiete hat der Staat seine körperliche Qualifizierung, in ihm wird er real individualisiert. Daher werden beide, Staat und Territorium, als untrennbare Dinge gedacht und das Recht an dem bestimmten Staatsgebiete zu einem Momente in der Bestimmung eines individuellen Staatsorganismus erhoben. Überall aber, wo die Bedeutung des Staats als eines persönlichen Organismus zur rechtlichen Anerkennung gekommen und das Territorium in diese Verbindung mit ihm getreten ist, muß folgeweise das letztere an der ganzen Rechtsstellung teilnehmen, welche jenem eigentümlich ist. Sowie daher der Staat selbst, weil eine Persönlichkeit, unteilbar ist, so ist es auch sein Territorium. Eine Teilung des Territoriums wäre, wenn sie der Staat vornähme, eine Selbstvernichtung. Aber auch einem Dritten kann gegenüber einem rechtlich bestehenden Staatsorganismus nicht ein Recht auf dessen Zerstörung durch Zerstückelung seines Staatsgebietes zustehen. Das ist es, was die Verfassungen aussprechen wollen, wenn sie die Unteilbarkeit des Staatsgebiets an die Spitze aller Grundgesetze stellen."

I—K: GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatsrechtslehre:

S. 394/5: „Das Land, auf welchem der staatliche Verband sich erhebt, bezeichnet seiner rechtlichen Seite nach den Raum, auf dem die Staatsgewalt ihre spezifische Tätigkeit, die des Herrschens, entfalten kann. In diesem rechtlichen Sinne wird das Land als Gebiet bezeichnet. Die rechtliche Bedeutung des Gebietes äußert sich in doppelter Weise: negativ dadurch, daß jeder anderen, dem Staate nicht unterworfenen Macht es untersagt ist, ohne ausdrückliche Erlaubnis von Seiten des Staates Herrschaft zu üben; positiv dadurch, daß alle auf dem Gebiete befindlichen Personen der Staatsherrschaft unterworfen sind. Die dem Staate eingegliederten Kommunalverbände haben kraft ihrer aus der Sphäre des Staates abgeleiteten Herrschermacht eine beschränkte Gebietsherrschaft, die sich gleich der des Staates negativ und positiv äußert. Sie mangelt hingegen den Verbänden, die zwar mit solcher Herrschaft begabt sind, sie aber nur über ihre Mitglieder üben können, oder denen ausnahmsweise auch Herrschaft über Dritte, aber unabhängig von jeder territorialen Grundlage, zusteht."

S. 395/6: „Das Staatsgebiet hat zwiefache Eigenschaften. Es ist nämlich einmal ein Moment des Staates als Subjektes. Das folgt logisch daraus, daß seßhafte Menschen seine Mitglieder sind; damit wächst dem Staate selbst das Merkmal der Seßhaftigkeit zu. Das folgt aber auch aus den realen sozialen Verhältnissen. Alle staatliche Entwicklung und alle Tätigkeit des entwickelten Staates kann nur auf Grund räumlicher Entfaltung stattfinden. Während Körperschaften sonst raumlos sind, bedarf der Staat zu seiner Existenz der räumlichen Ausdehnung. Nur diese räumliche Ausdehnung seiner Herrschaft und die mit ihr verbundene Ausschließlichkeit gewähren ihm die Möglichkeit vollkommener Zweckerfüllung. Ferner würden mehrere voneinander unabhängige Staaten auf demselben Boden in stetem Kriege stehen, nicht nur wegen des dauernden Gegensatzes der Interessen, sondern schon deshalb, weil unausgesetzte, von keinem Richter zu schlichtende Zuständigkeitsstreite vorlägen. Darum können zwar auf demselben Gebiete unzählige Körperschaften existieren, aber nur ein einziger Staat. Auf dieser Eigenschaft des Gebietes als Momentes des Staatssubjektes beruht die Undurchdringlichkeit des Staates. Auf einem und demselben Territorium kann nur ein Staat seine Macht entfalten. Von dieser Regel gibt es nur folgende scheinbare Ausnahmen:"

Als solche Ausnahmen werden aufgezählt: Kondominium, Staatenverbindungen, gestattete Ausübung von Herrschaftsakten eines anderen Staates, kriegerische Okkupation:

S. 397/8: „Das Gebiet als Moment am Staatsobjekt ist der Grund seiner negativen völkerrechtlichen Funktion. Der aus der völkerrechtlichen Persönlichkeit des Staates fließende Anspruch auf Unterlassung aller sie rechtswidrig schädigenden Handlungen fremder Staaten bezieht sich auch auf die räumliche Integrität des Staates. Es handelt sich daher in der Ausübung dieser Richtung der Gebietshoheit niemals um Verbietungsrechte, die denen des Eigentümers analog sind, sondern um Ansprüche, die sich unmittelbar aus der Persönlichkeit ergeben. Das Sein des Staates selbst, nicht das Haben einer ihm zugehörigen Sache erzeugt den Anspruch auf Respektierung des Gebietes. Gebietsverletzung ist daher nicht völkerrechtliche Besitzstörung, sondern Verletzung der angegriffenen Staatspersönlichkeit selbst."

S. 398/9: „Das Gebiet ist aber zweitens räumliche Grundlage der Herrschaftsentfaltung über sämtliche in dem Staate weilende Menschen, mögen sie seine Angehörigen oder Fremde sein. Die Herrschaftsbefehle des Staates sollen sich innerhalb seines Gebietes realisieren, können Zustände seines Gebietes sichern, Änderungen seines Gebietes bewirken. Nur in diesem Sinne

kann man von dem Gebiete als einem Objekt der Staatsherrschaft sprechen. Damit wird aber häufig die falsche Vorstellung verknüpft, daß das Gebiet selbst der unmittelbaren Herrschaft des Staates unterliege, es somit ein staatliches Sachenrecht gebe. Niemals jedoch kann der Staat direkt, ohne Vermittlung seiner Untertanen, über sein Gebiet herrschen. Direkte rechtliche Herrschaft über eine Sache, die sich in physischen Einwirkungen auf diese äußert, ist Eigentum. Die Herrschaft über das Gebiet ist aber öffentlich-rechtlich, sie ist nicht Dominium, sondern Imperium. Imperium jedoch ist Befehlsgewalt; befehlen kann man aber nur Menschen."

S. 402: „Kraft der Einheit und Unteilbarkeit des Staates sind auch seine Elemente einheitlich und unteilbar. Dies gilt demnach auch vom Staatsgebiete. Von ihm sogar geschichtlich in erster Linie. Die Unteilbarkeit des Staates ist zuerst als Vorstellung von der Unteilbarkeit des Gebietes zum Bewußtsein gekommen. Lange bevor man die Lehre von der Teilbarkeit der Staatsgewalt aufstellte und bekämpfte, ist reale Teilung von Staaten durch Erbgang geübt und als schädlich, schließlich aber als unzulässig erkannt worden. Die Teilbarkeit des Staatsgebietes ist die Konsequenz privatrechtlicher Auffassung des Staates gewesen, der der Begriff der einheitlichen Staatsgewalt fremd war, die vielmehr die Herrschaft als ein Aggregat verschiedenartiger dinglicher und persönlicher Rechte betrachtete, die daher niemals zu der klaren Einsicht gelangen konnte, daß das Gebiet Staatselement sei. Solange die Eigenschaft des Staatsgebietes als eines Momentes des Staatssubjektes nicht erkannt war, konnte es nur als eine Sache betrachtet werden, die ihrer Natur nach teilbar war. Von der Unteilbarkeit des Staatsgebietes, wie sie in neuerer Zeit häufig verfassungsmäßig ausgesprochen worden ist, gibt es allerdings eine wichtige Ausnahme. Durch Staatsvertrag kann infolge eines Krieges oder aus anderen Gründen (freiwillige Abtretung, Grenzregulierung usw.) ein Teil des Staatsgebietes losgelöst und auf einen anderen Staat übertragen werden."

S. 403: „Was vom Staate gilt, hat auch von den anderen Gebietskörperschaften zu gelten, nämlich den Kommunalverbänden, die eine vom Staate abgeleitete, wenn auch zu rechtlicher Selbständigkeit erhobene Herrschaft über ihr Gebiet üben. Auch bei ihnen ist das Gebiet in erster Linie Element ihrer Persönlichkeit. Auch sie herrschen über Personen, über Sachen und daher auch über ihre Gemarkung nur indirekt, indem sie Personen befehlen können, Einwirkungen auf diese vorzunehmen, die sich aber stets durch privatrechtliche Mittel vollziehen."

S. 404: „Die Erkenntnis, daß das Verhältnis des Staates zum Gebiete personen-, nicht sachenrechtlichen Charakters ist, gehört zu den bedeutsamsten Ergebnissen der modernen Staatsrechtslehre. Die sachenrechtliche Auffassung des Gebietes geht selbst in ihren letzten Ausläufern zurück auf die Vermischung von Herrschaft und Eigentum."

Zu § 25. Vgl. Fritz Sander, Staat und Recht, I. Bd., passim, und insbesondere S. 146. Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, Wiener staatswissenschaftliche Studien, XV. Bd., II. Heft, 1923. Insbesondere

S. 177: „Nicht die Geltung schlechthin, wohl aber die Geltungsdauer von Rechtlichem ist für uns problematisch. Sie ist das hiermit erklärte Hauptproblem dieser Abhandlung. Wir machen nun die Beobachtung, daß die bisherige Jurisprudenz unter dem Titel der ‚Rechtskraft' relativ, wenn nicht gar absolut am häufigsten, bewußt oder unbewußt, gewiß mit vielfachem Wechsel des Ausdruckes, z. B. mit besonderer Vorliebe unter dem Gesichtspunkt der Veränderlichkeit von Staatsakten, eben die Frage der Geltungsdauer von Rechtserscheinungen aufgeworfen hat. Diese Gepflogenheit juristischer Terminologie veranlaßt uns und rechtfertigt es zugleich, das soeben aufgerollte Problem der Geltungsdauer von Rechtlichem ebenfalls als Problem der Rechtskraft anzusprechen. Es wird damit nur ein häufig, wenn nicht üblicherweise annähernd in solchem Sinne verwendeter Ausdruck des Rechtes und der Rechtswissenschaft auf eine Bedeutung festgelegt, die für die Rechtstheorie dringendes und wichtiges Problem ist. Wir brauchen für dieses Problem einen Namen und finden in der juristischen Terminologie im Worte Rechtskraft einen Terminus, der für ein so oder ähnlich gestelltes Problem Verwendung findet. Also nennen auch wir unsere Frage nach der Geltungsdauer von Rechtserscheinungen die Frage nach deren Rechtskraft. Und unter der Rechtskraft selbst wollen wir die spezifische Geltungsdauer von Rechtlichem verstehen."

S. 229: „Wenn die Rechtskraft in Anlehnung an die herrschende Lehre als spezifische Geltungsdauer von Rechtlichem — genauer: jeglicher Rechtsnorm — bestimmt, und diese spezifische Geltungsdauer in Abweichung von der herrschenden Lehre dahin präzisiert wurde, daß eine Rechtserscheinung, im besonderen eine Rechtsnorm insolange gelte, als nicht die im Bereiche bedingender Rechtsnormen aufgestellten Voraussetzungen für ihr Außergeltungtreten erfüllt sind, so bedeutet dies eine gewisse Unveränderlichkeit der Rechtsnorm; eine Unveränderlichkeit, die allerdings dadurch bedingt ist, daß sich nicht aus höheren Rechtsnormen eine Abänderungsmöglichkeit ergibt, und eine Unveränderlichkeit

nur gegenüber solchen Rechtsnormen, die nicht mit der Fähigkeit der Abänderung ausgestattet sind. In der Begrenzung dieser bedingten und relativen Unveränderlichkeit liegt der auffälligste Unterschied der hier versuchten von der üblichen Bestimmung der Rechtskraft."

Zu § 26. A: Vgl. J. C. BLUNTSCHLI, Allgemeine Staatslehre, II. Buch, S. 85 bis 254, wo die Lehre vom Staatsvolk noch als Lehre von der „Menschen- und Volksnatur" dargestellt wird, und im Gegensatz dazu GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 406ff., wo die Lehre vom Staatsvolk — schon als Bestandteil der Rechtslehre vom Staat — einen rein juristischen, wenn auch vielfach naturrechtlich-politischen Charakter hat. (Das gleiche gilt für die Lehre vom Staatsgebiet. Vgl. J. C. BLUNTSCHLI, Allgemeine Staatslehre, III. Buch, S. 254—298, wo ein Kapitel dem Klima, ein anderes der Fruchtbarkeit des Bodens usw. gewidmet ist, und dagegen GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 394ff., wo im Rahmen der Staatsrechtslehre nur die rechtliche Stellung des Gebietes erörtert wird.)

B—C: Vgl. GEORG JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, passim, insbesondere S. 87:

S. 87/8: „Die Herrschaft des Staates ist eine sachlich begrenzte, im Gemeininteresse ausgeübte Herrschaft. Sie ist eine Herrschaft über nicht allseitig Subjizierte, d. h. über Freie. Dem Staatsmitgliede kommt daher ein Status zu, in dem er Herr ist, eine staatsfreie, das Imperium verneinende Sphäre. Es ist die der individuellen Freiheitssphäre, des negativen Status, des status libertatis, in welcher die streng individuellen Zwecke durch die freie Tat des Individuums ihre Befriedigung finden. Die gesamte Tätigkeit des Staates ist im Interesse der Beherrschten ausgeübt. Indem der Staat in Erfüllung seiner Aufgaben dem einzelnen die rechtliche Fähigkeit zuerkennt, die Staatsmacht für sich in Anspruch zu nehmen, die staatlichen Institutionen zu benützen, also dem Individuum positive Ansprüche gewährt, erkennt er ihm den positiven Status, den status civitatis zu, der als die Basis für die Gesamtheit staatlicher Leistungen im individuellen Interesse sich darstellt. Die Tätigkeit des Staates ist nur durch individuelle Tat möglich. Indem der Staat dem Individuum die Fähigkeit zuerkennt, für den Staat tätig zu werden, versetzt er es in einen Zustand gesteigerter, qualifizierter, aktiver Zivität. Es ist der aktive Status, der Status aktiver Zivität, in welchem der sich befindet, der die sogenannten politischen Rechte im engeren Sinne auszuüben berechtigt ist. In diesen vier Status: dem passiven, dem negativen, dem positiven, dem aktiven erschöpft sich die gliedliche Stellung des Individuums im Staate. Leistungen an den Staat, Freiheit vom Staat, Forderungen an den Staat, Leistungen für den Staat sind die Gesichtspunkte, unter welchen die öffentliche Rechtsstellung des Individuums begriffen sein will. Diese vier Status bilden eine aufsteigende Linie, indem das Individuum zuvörderst dem Staate Gehorsam leistend der Persönlichkeit bar erscheint, hierauf ihm eine selbständige, staatsfreie Sphäre zuerkannt wird, sodann der Staat selbst sich zu Leistungen an das Individuum verpflichtet, bis schließlich der individuelle Wille an der staatlichen Herrschaftsübung teilnimmt oder sogar als Träger des staatlichen Imperiums anerkannt wird."

E: Vgl. C. F. VON GERBER, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, S. 32ff.; insbesondere:

S. 37ff.: „Eine bedeutungsvolle Schranke der Staatsgewalt liegt sodann in dem Satze, daß sie wohlerworbene Rechte schonen soll." — *S. 38:* „Somit erscheint der Satz der Unverletzlichkeit erworbener Rechte als ein aus dem Begriffe des Rechts und seiner Anerkennung im Staate von selbst folgender, und es ist nur eine besonders feierliche Bestätigung desselben, wenn ihn die Grundgesetze aufnehmen und ausdrücklich gewährleisten." — *S. 39:* „Der Grundsatz der Achtung wohlerworbener Rechte enthält zunächst eine unbedingte Schranke für die Staatsgewalt in ihrer verwaltenden Tätigkeit; aber auch als gesetzgebende Gewalt ist sie insofern daran gebunden, als eine ohne dringenden Grund und ohne Vermögensentschädigung des Beteiligten geschehene Aufhebung von erworbenen Rechten, welche noch jetzt ein nach allgemeinem Maßstabe anerkennungswertes Interesse befriedigen, — zwar nicht als formell unwirksam, — aber jederzeit als eine rechtsverletzende und sonach mißbräuchliche Verwendung des Rechts der Gesetzgebung gelten wird. Und niemand wird dies für bedeutungslos halten, wenn er die Macht des sittlichen Urteils erwägt, der sich auch die Staatsgewalt nicht zu entziehen vermag."

ferner GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre:

S. 359: „Um eklatante Verletzungen der Staatsordnung zu beschönigen, hat man die Kategorie des Staatsnotrechtes angewendet, die doch nur ein anderer Ausdruck für den Satz ist, daß Macht vor Recht geht."

Aber:

S. 358/9: „An dem Faktum der staatlichen Existenz hat alles Recht seine unübersteigliche Schranke. Daher kann eine Änderung in den Grundlagen des staatlichen Lebens zwar Recht vernichten, dem Recht wohnt aber niemals die Macht inne, den Gang des Staatslebens in kritischen Zeiten zu bestimmen."

F: C. F. von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts:

S. 221/2: „Der erste Eindruck, den wir bei der Betrachtung der Stellung des Einzelnen im Staate empfangen, ist der, daß er dem Staate gegenüber eine Menge von Rechten habe. Der Genuß der sogenannten Volksrechte und staatsbürgerlichen Freiheiten, sowie nicht minder der sogenannten politischen Rechte, erscheint als ein so unmittelbar in die Augen fallendes Moment, daß man sich versucht fühlen möchte, ihn als den Ausgangspunkt der rechtlichen Entwicklung des Staatszusammenhangs zu betrachten. Und doch wäre dies sicherlich unrichtig. Es wiederholt sich hier eine Erscheinung, die auch sonst im Gebiete der Rechtswissenschaft häufig beobachtet werden kann, daß ein für das Leben wichtigstes Ergebnis vom Standpunkt der rein systematischen Auffassung nur als ein sekundäres, d. h. ein von einer primären rechtlichen Verbindung abhängiges behandelt werden muß. Alle jene staatsbürgerlichen Rechte hat der Einzelne im Staate nur dadurch, daß er diesem Staate als ein rechtlich Unterworfener angehört. Die staatsbürgerliche Subjektion unter die Staatsgewalt ist offenbar der prinzipale Tatbestand, den eine juristische Betrachtung ins Auge fassen muß, wenn sie den Zusammenhang des Staats und seiner Bürger charakterisieren will. Daß diese Subjektion in einem freien und wohlgeordneten Staate keinen anderen Zweck und keine andere Wirkung hat, als die Begründung einer mit bürgerlichen und politischen Rechten ausgestatteten Existenz, kann den Juristen nicht verführen, diese letztere als isoliert-selbständig zu betrachten und von ihrem ursächlichen Grunde abzulösen."

H: Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre:

S. 406: „Die dem Staate zugehörigen Menschen bilden in ihrer Gesamtheit das Staatsvolk. Gleich dem Gebiete hat das Volk im Staate eine doppelte Funktion. Es ist ein Element des staatlichen Verbandes, gehört dem Staate als dem Subjekt der Staatsgewalt an; wir wollen es der Kürze halber das Volk in subjektiver Qualität nennen. Sodann aber ist das Volk in anderer Eigenschaft Gegenstand staatlicher Tätigkeit, Volk als Objekt."

S. 407/8: „Geht man von der Erkenntnis der körperschaftlichen Natur des Staates aus, so ergibt sich die subjektive Qualität des Volkes in — fast möchte ich sagen — tautologischer Weise aus dem so gefaßten Staatsbegriffe. Allein nicht nur auf deduktivem Wege, sondern auch durch folgende, für die Erkenntnis des Staates wichtige, bisher noch nicht klar dargelegte Erwägungen. Eine Vielheit von Menschen, die unter einer gemeinsamen Herrschaft stehen, ohne die subjektive Qualität eines Volkes zu besitzen, wäre kein Staat, weil jedes die einzelnen zu einer Einheit verbindende Moment mangelte. Einem solchen Zustande entspräche etwa der eines Lehensherrn oder Lehnsträgers der mittelalterlichen Welt, der aus verschiedenen Rechtstiteln eine Mehrheit von Territorien besaß, die trotz der Gemeinsamkeit des Herrschers keine innere Gemeinschaft bildeten und sich ihrer rechtlichen Sonderexistenz bewußt blieben. In der Gegenwart bieten die deutschen Schutzgebiete ein treffliches Beispiel dafür, daß sogar innere Einheit der Staatsgewalt allein nicht ausreicht, um eine staatliche Einheit zu begründen. Die Schutzgewalt ist mit der Reichsgewalt identisch; dennoch bilden die Schutzgebiete mit dem Reiche keine staatliche Einheit, weil das Volk dieser Gebiete zwar vom Reiche beherrscht wird, aber mit dem Reichsvolke dessen subjektive Qualität nicht teilt. Daher wäre auch ein Sklavenstaat, an dessen Spitze etwa ein großer Plantagenbesitzer stände, nur dem Namen nach ein Staat. Kein Rechtsband würde solche Tausende von Sklaven, die von ihrer gegenseitigen Existenz keine Ahnung zu haben brauchen, miteinander verknüpfen. Wenn die antike Staatslehre die Erscheinung des Staates auf freie Menschen beschränkt, so hat sie darin eine ihrer trefflichsten Wahrheiten ausgesprochen. Nur unter Freien, führt Aristoteles weiter aus, ist ist ein Recht im politischen Sinne möglich, und ohne dieses Recht gibt es keinen Staat."

S. 421: „Staatlicher Wille ist menschlicher Wille. Der Staat gewinnt nach einer gesetzmäßig bestimmten Ordnung die seine Funktionen zu versehen berufenen individuellen Willen. Das kann er in zweifacher Weise tun, durch Verpflichtung und Berechtigung. Die von ihm zu seinen Zwecken verliehenen Berechtigungen begründen eine weitere Position der Persönlichkeit. Sie erhält dadurch den Anspruch, zur Ausübung staatlicher Tätigkeit einer Organstellung anerkannt zu werden."

S. 423/4: „Kein Staat ist möglich, in dem derartige Ansprüche niemand zustünden. Mindestens einem — dem Herrscher — muß ein persönlicher Anspruch auf die Trägerschaft der höchsten Organstellung zustehen. Bei dieser Position ist der Zusammenhang zwischen dem Volke in seiner subjektiven Qualität und öffentlicher Berechtigung am klarsten und einleuchtendsten. Die Staatsgewalt muß irgendwie aus dem Volk hervorgehen, d. h. ihre Träger müssen Mitglieder der Volksgemeinde sein. So wenig wie aus einer Sklavenherde — Sachen im Rechtssinne —

durch einen sie besitzenden gemeinsamen Herrn Staaten gebildet werden, so wenig ist dort, wo abhängige Volksstämme außerhalb der Staatsgemeinde stehen, ein Staat in vollem Sinne vorhanden."

S. 426: „Beim einzelnen kann die Unterwerfung unter die Staatsgewalt bis zur gänzlichen Vernichtung der Persönlichkeit in Form der Strafe gehen; soweit die reine, jeden Momentes der Berechtigung bare Gehorsamspflicht reicht, ist der einzelne nicht Rechtssubjekt. Es gibt eine Position des Individuums: den Zustand der Unterwerfung, in dem es, der Persönlichkeit entkleidet, bloßes Subjekt von Pflichten ist. Anders aber erscheint der Gehorsam der Gesamtheit der Untertanen. Der ist nämlich das Komplement der Staatsgewalt, ohne welches sie nicht zu existieren vermag. Eine Gewalt, die befiehlt, ohne daß ihr gehorcht würde, verliert ihren Charakter als Herrschermacht. Näher besehen ruht die ganze Staatsgewalt auf dem Gehorsam der Untertanen, all ihre Tätigkeit ist verwandelter Gehorsam." „Durch die einheitliche Staatsgewalt wird die Vielheit der Genossen zur Einheit des Volkes zusammengefaßt. Diese Einheit die des Staatsvolkes, der staatlich geeinten Menge."

Vgl. Otto Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. Hier macht Gierke auf eine politische Konsequenz der Theorie aufmerksam, derzufolge der Staat — als Person — über das Volk herrscht.

S. 1131: „Bei einer solchen Auffassung ist eine Auseinanderreißung von Staat und Volk unvermeidlich. Der Staat tritt außer und über das Volk. Das Volk aber erscheint gleich dem Gebiete als bloßes Objekt der Herrschaftsrechte des Staates. Wenn die ältere Theorie einer ähnlich konstruierten Staatspersönlichkeit eine besondere Volkspersönlichkeit als Trägerin der Volksrechte gegenüberstellte, so hat Laband gründlich mit diesem Nachklange der dualistischen Verfassung des ständischen Staates aufgeräumt. Er hat es aber versäumt, das Volk hierfür durch die Verlegung der einheitlichen Staatspersönlichkeit in die organisierte Gesamtheit zu entschädigen. Allerdings erklärt er das Volk für ein ‚Substrat' des Staates. Allein auch hierbei stellt er ‚Land und Leute' völlig gleich und will damit nichts weiter ausdrücken, als daß beide ‚wesentliche Voraussetzungen' des Staates sind (I, S. 184). In der Tat steht ja die juristische Person im Sinne der von ihm rezipierten Theorie ihrem sog. ‚Substrat' fremd und äußerlich gegenüber. Die Staatspersönlichkeit schwebt also als eine gedachte punktuelle Einheit über dem Volke. Dieses aber ist staatsrechtlich überhaupt keine subjektive Einheit, keine Gesamtheit, keine Gemeinschaft, sondern lediglich eine wechselnde Vielheit von Individuen. So erschöpft sich das staatsrechtliche Verhältnis von Staat und Volk in der Summe der ‚Gewaltverhältnisse', welche für das fingierte Subjekt der Staatsgewalt an den einzelnen Staatsangehörigen begründet sind. Und das System empfängt einen unverkennbaren absolutistischen Zug, der nur durch manche streng genommen inkonsequente Zugeständnisse an die hergebrachte konstitutionelle Doktrin ermäßigt wird."

Zu § 27. Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XIX. Kap., S. 625 bis 660.

Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, § 32, S. 271—278.

Zu § 28. A—B: Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 637—647; Julius Hatschek, Die Selbstverwaltung, 1898; derselbe: Artikel „Selbstverwaltung" im Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, herausgegeben von Max Fleischmann, 2. Aufl., III. Bd., 1914, S. 429ff.

C: Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 4. Aufl., 1919:

S. 95—99: „Eine Menge von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung werden jedoch in Deutschland nicht vom Staate, sondern von selbständigen Verbänden und Anstalten innerhalb des Staates besorgt. 1. Der Staat hat sich in zahlreichen Fällen darauf beschränkt, eine Verwaltungsmaterie durch Staatsgesetz zu ordnen, die Vollziehung des Gesetzes aber einem selbständigen Verband zu übertragen. Ein solcher Verband wird damit berufen, an des Staates Stelle staatliche Verwaltungsaufgaben zu besorgen. Er übt öffentliche Verwaltung aus, und zwar zu eigenem Rechte. Denn er besitzt von Gesetzes wegen einen Anspruch auf die Führung dieser Verwaltung. Die Staatsbehörden dürfen diese nicht in ihre Hände nehmen. Als Verbände, die mit dieser Aufgabe betraut werden können, bieten sich dem Staat in erster Linie die im Staatsgebiete vorhandenen Gemeinden und Kommunalverbände höherer Ordnung an, die als fertige Organisationen eine selbständige Existenz neben dem Staat mit einem eigenen Wirkungskreise führen. Außer ihnen haben Reichs- und Landesgesetzgebung in steigendem Maß für die Durchführung der neuen Verwaltungsaufgaben selbständige Spezialinstitutionen ins Leben gerufen und deren Organisationen auf besondere Zwecke zugeschnitten: Krankenkassen und Berufsgenossenschaften der Arbeiterversicherung; Orts- und Landarmenverbände usw. Man kann derartige Verbände als öffentliche Zweckverbände im weiteren Sinne bezeichnen.

2. Es wurde soeben erwähnt, daß der Staat kein Monopol auf die öffentliche Verwaltung besitzt. In den Gemeinden und gewissen Kommunalverbänden höherer Ordnung (württembergische Amtskörperschaften, preußische Provinzen und Kreise u. dgl.) haben sich lokale Gemeinwesen historisch entwickelt mit einem eigenen, vom Staate verschiedenen Lebenszweck. Den Kern dieser Verwaltung hat überall die Verwaltung des eigenen Vermögens, die wirtschaftliche Verwaltung, gebildet. Aber in der Folge ist die Verwaltung auf die Befriedigung aller lokalen Bedürfnisse ausgedehnt worden: Anlegung von Ortsstraßen, kommunale Wasserversorgung, Feuerlöschwesen; in einzelnen Staaten auch die Handhabung der Ortspolizei u. a. m. Auf diese Weise ist im Gegensatz zum Kompetenzbereich der übertragenen staatlichen Verwaltung der Begriff eines eigenen Wirkungskreises der Kommunen entstanden, mit denen der Staatsgesetzgeber als einer gegebenen Größe zu rechnen hat. Die soeben besprochenen Verbände führen das ihnen vom Staate übertragene oder zu freier Verfügung überlassene Stück öffentlicher Verwaltung durch Organe, die sie regelmäßig selbst bestellen. Bei dieser Art der Geschäftsbesorgung werden daher die Interessenten selbst entweder als Wähler der Verbandsorgane oder als Gewählte indirekt oder direkt an der Verwaltung des Verbandes beteiligt. Dies rechtfertigt es, in diesen Fällen von Selbstverwaltung zu reden. Nicht der Staat verwaltet, sondern die unmittelbaren Interessenten führen öffentliche Verwaltung. Eine Verwaltung aber, die ganz oder teilweise den Händen von unabhängigen Bürgern anvertraut ist, bildet das Gegenstück zu der durch Berufsbeamte geführten staatlichen Verwaltung. Die Selbstverwaltung bildet eine Schranke gegen die Omnipotenz des Staates. Sie schafft, politisch gesprochen, die Möglichkeit, die Bürger durch Beteiligung an der öffentlichen Verwaltung politisch zu schulen und ihr Interesse für öffentliche Angelegenheiten zu wecken. Mit Hilfe dieses Mittels hat die Steinsche Städteordnung vom Jahre 1808 die Erneuerung des preußischen Staates eingeleitet. Die Selbstverwaltung in diesem Sinne übt im öffentlichen Leben Deutschlands die Funktion aus, die in der reinen Demokratie den sogenannten Volksrechten zukommt, d. h. der Mitwirkung der Aktivbürgerschaft an der staatlichen Gesetzgebung und an der Gesetzgebung der Staatsämter. Der Staat aber gewinnt durch die Selbstverwaltung das Mittel, seine eigene Verwaltung zu dezentralisieren und durch dieses Ausschließen ganzer Stücke der öffentlichen Verwaltungstätigkeit von der staatlichen Verantwortlichkeit die staatlichen Finanzen zu entlasten. Der Staat belehnt die Selbstverwaltungsverbände zur Bewältigung ihrer Aufgaben mit Herrschaftsrecht (imperium). Sollen sie öffentliche Verwaltung richtig führen, so bedürfen sie der nämlichen Mittel, über die der verwaltende Staat verfügt."

Vgl. auch C. F. von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts,

S. 140: „Heutzutage, da der Staat nach Überwindung seiner privatrechtlichen Periode in Deutschland zur vollen politischen Existenz gelangt ist, kann das Recht der Gesetzgebung als der mächtigsten Form staatlicher Herrschaft nur noch ihm und keinem Berechtigten unter ihm zustehen. Ein Gesetzgebungsrecht von Gemeinden, Korporationen und Einzelnen ist nur denkbar in einer Zeit, in der der Staatsbegriff noch nicht zu seiner vollen Entwicklung gekommen ist, in welcher die einzelnen Elemente des Volkes noch in einem sehr lockeren Verbande stehen und die unausgebildete Landeshoheit die Erfüllung eines Teils der Staatsaufgaben noch den nur halb ihrer Herrschaft unterworfenen Körpern überlassen muß. Das Recht der Korporationen und Einzelnen, ihre inneren Verhältnisse sachgemäß durch feste und dauernde Bestimmungen zu regeln, besteht nun zwar auch heutzutage, aber es wird nicht mehr in der Form der Gesetzgebung, sondern in der Form von Rechtshandlungen vollzogen, welche sich lediglich als die Anwendung und Ausführung bestehender Rechtsinstitute und Rechtssätze darstellen. Nur diesen Begriff der Autonomie vermag ich für das heutige Recht anzuerkennen."

G: Julius Hatschek, Selbstverwaltung, im Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, III. Bd.:

S. 423/4: „Selbstverwaltung ist ein politisches Institut und bedeutet eine Heranziehung von Kommunalverbänden für Staatszwecke. Diese Heranziehung kann durch eine doppelte Rechtstechnik erzielt werden. Entweder sie berechtigt oder verpflichtet den Kommunalverband als Ganzes, sie macht ihn zur Korporation mit subjektivem Recht auf Selbstverwaltung, das bald mehr, bald weniger detailliert sein kann. Hier ist die Äußerung des Kommunalwillens, sofern sie juristisch relevant sein soll, immer Ausübung eines subjektiven Rechts des Kommunalverbandes. Das ist der aktive Verband, der Selbstverwaltungskörper. Oder sie berechtigt und verpflichtet die einzelnen Verbandsangehörigen durch zweckmäßige Verteilung von Kommunalrechten und Pflichten und erzielt dadurch einen selbständigen Gemeinzweck. Das ist der passive Verband der Selbstverwaltung. Der juristisch bedeutsame Unterschied zwischen aktivem und passivem Verbande liegt kurzgefaßt darin, daß der aktive Verband seinen Gemeinwillen als Ausübung des subjektiven Rechts, das dem Verbande zusteht, äußert, der passive Verband nur als Realisierung objektiven Rechts, durch Zusammenwirken von Trägern jener Kommunalrechte und -pflichten, d. i. der Verbandsangehörigen.

Ob die Rechtsordnung den einen oder anderen Weg geht, hängt nicht allein von ihr ab, sondern von einem sozialen Mechanismus, den sie nur ausnützen, nicht schaffen kann. Dieser soziale Mechanismus besteht in einer Interessenverknüpfung. Vor allem ist das Staatsinteresse mit dem örtlichen Kollektivinteresse der Kommunalverbände derart verbunden, daß die Befriedigung des letzteren uno acto auch Befriedigung des ersteren bedeutet. Diese Interessenverknüpfung nützt die Rechtsordnung in der Weise aus, daß sie das örtliche Kollektivinteresse, das mit dem Staatsinteresse so verknüpft ist, als subjektives Recht des Kommunalverbandes anerkennt. Sie schafft ein Recht auf Selbstverwaltung, den aktiven Verband, den Selbstverwaltungskörper. Um aber den Verbandswillen mit physischen Willensträgern zu versehen und so die Ausübung jenes subjektiven Rechts zu sichern, nützt sie wieder eine andere Interessenverknüpfung aus. Diesmal die Interessenverknüpfung, die zwischen örtlichem Kollektivinteresse des Kommunalverbandes und den Individualinteressen der Verbandsangehörigen besteht. Auch hier muß die Interessenverknüpfung derart beschaffen sein, daß mit der Realisierung des Individualinteresses das örtliche Kollektivinteresse des Kommunalverbandes uno actu realisiert erscheint. Die Rechtsordnung erkennt zu diesen Zwecken Wahlrecht und Wahlpflichten der Verbandsangehörigen an, sie schafft Ehrenämter und Pflichten zur Annahme dieser Ämter. — So spielt der soziale Mechanismus hier in zwei Interessenverknüpfungen, welche die Rechtsordnung ausnützt. Mitunter überspringt jedoch die Rechtsordnung die eine jener Interessenverknüpfungen, nämlich diejenige, welche zwischen Staats- und örtlichem Kollektivinteresse besteht. Sie wendet sich direkt an die Verbandsangehörigen, verteilt Rechte und Pflichten an die Kommunalangehörigen, ohne den Kommunalverband als Ganzes zu berechtigen oder zu verpflichten. Dies kann sie insbesondere dort tun, wo der Gedanke der freien Gemeindegenossenschaft nicht zur Entwicklung gekommen ist, oder voraussichtlich nicht gleich zum Bewußtsein kommen wird, oder wo der Selbstverwaltungskörper wegen der hier häufig vorkommenden Interessenmajorisierung der Staatsverwaltung nicht anvertraut werden kann. Wir sehen demnach, unabhängig von der Rechtsordnung steht jener soziale Mechanismus in Gestalt der uns bekannten Interessenverknüpfung, welche der Staat nicht schaffen, sondern nur ausnützen kann. Dieser soziale Mechanismus ist die politische Selbstverwaltung. Er steht außerhalb der Rechtsordnung, denn er ist eine sozial-psychische Erscheinung. Was die Rechtsordnung in Gestalt der verteilten Rechte und Pflichten davon in die Rechtswelt bringt, ist nur ein schwacher Abdruck des wirklichen Lebens jener Interessenverknüpfung. Da die Selbstverwaltung als politisches Institut auf jenem sozialen Interessenmechanismus ruht und dieser nur dann entstehen kann, wenn die Verbände, zwischen denen es spielt, homogener Natur sind, so folgt daraus, daß eine Selbstverwaltung nur dann möglich ist, wenn der Staat einen homogenen Verband in seinem Herrschaftsbereich findet und ihn zu sich in jene Verbindung stellt. Ein solch homogener Verband ist nur der Kommunalverband als Gebietskörperschaft. Selbstverwaltung kann also nur zwischen Staat und Kommunalverbänden, nicht zwischen Staat und anderen öffentlichrechtlichen Genossenschaften oder gar privaten Vereinen (Lehre von L. v. Stein) bestehen."

Vgl. ferner C. F. von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, S. 42ff., wo Gerber die Gemeinden in ihrem Verhältnis zur Staatsgewalt den Staatsbürgern gleichstellt:

S. 43: „Die Herrschaft des Staats ist wesentlich die Ausübung seines Gewaltrechts an Staatsbürgern und Gemeinden innerhalb seines örtlichen Machtgebietes."

H. Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre:

S. 644: „Die Gemeinden haben gleich dem Staate ein Gebiet, Angehörige und eine selbständige Gewalt. Sie unterscheiden sich aber vom Staate dadurch, daß diese Gewalt niemals ursprüngliches, vom Staate nicht verliehenes Imperium besitzt. Alles Imperium, das der Gemeinde zusteht, ist abgeleitet, auch die ihnen zu eigenem Rechte verliehenen Herrschaftsrechte. Eigenes Herrschaftsrecht der Gemeinde ist niemals originäres Recht. Ihr Gebiet ist zugleich Staatsgebiet, ihre Angehörigen sind Staatsangehörige, ihre Gewalt ist der des Staates unterworfen. Diese Körperschaften ruhen auf einer vom Staate nicht geschaffenen sozialen Basis, den nachbarlichen Gemeininteressen. Sie haben sich daher vielfach unabhängig vom Staate gebildet, sie haben den Wechsel der Staaten überdauert, und in diesem Sinne ist es richtig, wenn behauptet wird, die Gemeinde sei älter als der Staat."

S. 645/6: „Die Gemeinde hat, wie jeder Verband, Rechte, die ihrem Wesen nach nicht aus dem Gebiete der staatlich anerkannten privaten Assoziationsfreiheit herausfallen. Dahin gehört das Recht, die eigenen Organe zu bestellen, Mitglieder aufzunehmen, Vermögensverwaltung, Verwaltung lokaler Angelegenheiten, kurz: private Verwaltungstätigkeit in dem oben gezeichneten Umfang auszuüben. Der Staat reguliert zwar auch dieses Gebiet in seinen Gemeindegesetzen in verschiedener Weise; soweit aber nicht einschränkende staatliche Rechtssätze ein anderes anerkennen, gilt hier der eigene Wille der Gemeinde, der nur an den Zwecken des Verbandes seine Grenze findet. Sodann aber ist die Gemeinde durch Gesetze mit staatlichem Herrscherrecht belehnt, d. h. es ist ihr Imperium derart zugewiesen, daß sie einen Anspruch auf

Ausübung von Herrschaftsrechten besitzt. Diese Herrschaft ist ihr nicht nur im staatlichen Interesse gewährt, das durch solche Selbstverwaltung besser gewahrt erscheint, als wenn es von Staatsorganen besorgt wird, sondern auch im eigenen. Die Polizeigewalt, das Recht, persönliche und Sachleistungen von ihren Mitgliedern zu verlangen, hat die Gemeinde nicht nur zum Zwecke ihrer Pflichterfüllung gegen den Staat, vielmehr auch zur Erfüllung ihrer selbständigen Aufgaben. Die von der Gemeinde kraft ihres Imperiums erhobenen Steuern werden für alle Gemeindezwecke ohne Unterschied verwendet. Das Imperium ist daher ein Verwaltungsmittel der Gemeinde für ihre gesamte Tätigkeit. — Ferner aber verwendet der Staat die Gemeinde zu seinen Zwecken, indem er sie seiner Verwaltungsorganisation eingliedert. Hier hat sie kraft der vom Staate auferlegten Verpflichtung staatliche Funktionen auszuüben. Dadurch kann der Wirkungskreis der Gemeinde geschieden werden in einen selbständigen und einen aufgetragenen (übertragenen, delegierten), welcher Unterschied, obwohl aus der erwähnten französischen Terminologie stammend, hier einen ganz anderen Sinn erhält. Im selbständigen Wirkungskreis übt die Gemeinde ihr Recht aus, im aufgetragenen ist sie Staatsorgan.“

Zu § 29. Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 647—660.

Zu § 30. Vgl. meine Schrift: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, IX. u. X. Kapitel, S. 291—314.

Georg Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882; derselbe: Allgemeine Staatslehre, 21. Kapitel, S. 737—787.

C: Vgl. Hans Nawiasky, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, insbesondere S. 37.

D: Ein klassisches Beispiel dafür, wie ausgesprochen politische, nämlich monarchistisch-föderalistische Tendenzen sich hinter einer staatsrechtlichen Theorie der Staatenverbindungen verbergen, bietet der Versuch Otto Mayers, einen Wesensunterschied zwischen republikanischen und monarchischen Bundesstaaten zu konstruieren. Vgl. dessen Abhandlung: Republikanischer und monarchischer Bundesstaat, Archiv für öffentl. Recht, 18. Bd., S. 33ff. Die Frage, ob der Bund ein Staat oder ein bloßer Vertrag sei, wird davon abhängig gemacht, ob durch die Verbindung ein neues Subjekt entsteht, dem eine Gewalt gegen die Glieder zukommt, ein neuer „Herrscher“ oder „Souverän“ (S. 347, 349). Und in diesem Punkte soll ein wesentlicher Unterschied zwischen republikanischen und monarchischen Bundesstaaten bestehen. In der Republik sei der Souverän das Volk, durch die Vereinigung mehrerer Republiken werde das Gesamtvolk des Bundes der neue Souverän.

S. 351: „Dieser republikanische Souverän nun hat eine Eigentümlichkeit, welche ihm ein monarchischer nicht nachmachen kann: die Addition mehrerer republikanischer Souveräne ergibt von selbst einen neuen Souverän, der die alten verschlingt oder nur soviel von ihnen übrig läßt, als ihm beliebt.“

Durch die Verbindung von monarchischen Staaten könne jedoch kein neuer Souverän entstehen. Man

S. 363/4: „stellt demgemäß die Reichsgewalt auf die Gesamtheit der vorhandenen Souveräne der Einzelstaaten und das Reich auf ihren Vertrag. Das ist es, was sich im Gegensatze zur Republik hier von selbst ergibt: die Addition mehrerer monarchischer Souveräne gibt keinen neuen Souverän, sondern einen Monarchenbund.“

Der Gedanke, daß die sogenannten „Souveräne“ der Einzelstaaten einer höheren Ordnung oder gar „Gewalt“ unterstellt werden könnten, erscheint dieser Theorie unfaßbar. Vgl. dazu den Aufsatz: A. Affolter, Zur Lehre vom Staatenbunde und Bundesstaate, Archiv des öffentl. Rechts, 34. Bd., S. 55.

E: Julius Hatschek, Allgemeines Staatsrecht, III. Teil. (Das Recht der modernen Staatenverbindungen), Sammlung Göschen, Nr. 417, 1909.

Zu § 31. Vgl. die zu § 30 angeführte Literatur, insbesondere Julius Hatschek, Allgemeines Staatsrecht, III. Teil, dessen vorzügliches rechtsvergleichendes Material ich bei meiner Darstellung benutzt habe.

Ferner meine Abhandlung: Die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaats, nach der neuen österreichischen Bundesver-

fassung, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band XLII, S. 174ff.

F: Die politische Tendenz in der Lehre von den Staatenverbindungen wird gelegentlich offen zugestanden, ja geradezu als Aufgabe der Rechtswissenschaft behauptet. So sagt z. B. bei Erörterung der Frage, ob der Völkerbund ein Staatenbund sei, MAX HUBER:

„Trotz dem Gesagten hat die Betrachtung des Völkerbundes unter dem Gesichtspunkt des Staatenbundes großen Wert, zum mindesten als juristische Arbeitshypothese. Sie gestattet in manchen Punkten allein klare Lösungen, z. B. in der Frage der Rechtspersönlichkeit. Sie ist aber namentlich wichtig als politisches Prinzip; diese Rechtsanschauung ist eine aufbauende, sie treibt den Völkerbund vorwärts in der Richtung der Festigung und Ausdehnung seiner Kompetenzen. Die Rechtswissenschaft hat nicht nur das Bestehende juristisch zu erfassen, sie muß auch über das, was werden soll, ihre eigenen Werturteile haben und diesen, in der der Jurisprudenz gezogenen Grenzen, im positiven Recht zur Anerkennung zu verhelfen suchen."

WALTHER SCHÜCKING und HANS WEHBERG, die diese Stelle zitieren, bemerken hierzu in ihrem Buche: Die Satzung des Völkerbundes, II. Aufl. 1924:

S. 108: „Nicht zum wenigsten aus diesen Gründen glauben wir, an der Rechtsanschauung vom Wesen des Völkerbundes festhalten zu sollen. Der Jurist soll den Politiker für den Rechtsfortschritt gewinnen."

Zu § 32. Vgl. OTTO GIERKE, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien (gegen MAX SEYDEL, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, 1873):

S. 186f.: „Sodann ist die von Seydel beliebte Zweiteilung der staatlichen Tätigkeit, wobei im Zusammenhange mit der grundsätzlichen Herabwürdigung des Rechtsbegriffes Verwaltung und Rechtspflege zu einem unklaren Gesamtbegriff zusammengekoppelt werden, für jede juristische Betrachtung völlig verwerflich. Durchaus vorzuziehen vielmehr ist die herrschende Dreiteilung, welche Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als drei koordinierte Funktionen faßt. Gesetzgebung ist die Schaffung der Rechtsnormen, Verwaltung im weitesten Sinn die innerhalb der Rechtsschranken nach Zweckmäßigkeitsrücksichten sich vollziehende positive Lebenstätigkeit des staatlichen Gemeinwesens, Rechtsprechung die Klarlegung der Rechtsnormen für den konkreten Fall. Verwaltung und Rechtsprechung haben freilich gegenüber der Gesetzgebung das Merkmal ihrer Richtung auf das Konkrete gemein. Aber nach anderen, für die juristische Betrachtung wichtigeren Gesichtspunkten ließen sich auch Gesetzgebung und Rechtsprechung gegenüber der Verwaltung zusammenfassen, indem die beiden ersteren das Recht zum Inhalt haben, während für die Verwaltung das Recht nur eine Schranke ist; oder gar Gesetzgebung und Verwaltung gegenüber der Rechtsprechung, wei jene beiden durch das Motiv des öffentlichen Wohles bestimmt werden, die Rechtsprechung dagegen dieses Motiv nicht einmal kennen darf."

Vgl. ferner GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 496ff., und 18. Kapitel, S. 595—624.

Zu § 33. Vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl., Vorrede S. XIIff. und die dort zitierte Literatur, insbesondere ADOLF MERKL, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 81ff.; MERKLS Theorie des Stufenbaues der Rechtsordnung ist für meine Darstellung der Funktionenlehre von entscheidender Bedeutung.

Zu § 34. Vgl. GERHARD ANSCHÜTZ, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 2. Aufl., 1913.

GEORG JELLINEK, Gesetz und Verordnung, 1887.

Zu § 35. A: Vgl. GEORG MEYER, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, 1. Bd., 2. Aufl., 1893:

S. 1: „Die Verwaltung im weiteren Sinne zerfällt in die Rechtspflege, d. h. die auf die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung gerichtete Tätigkeit, und die Verwaltung im engeren Sinne, d. h. die Sorge für die Staats- und Volksinteressen. Da, wo das Wort Verwaltung ohne weiteren Zusatz gebraucht wird, ist es in der letzteren Bedeutung zu verstehen."

Ferner OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl., 1. Bd.:

S. 5: „Gesetzgebung bedeutet im älteren Recht die Tätigkeit des Trägers der obersten Gewalt zur Aufstellung von verbindlichen allgemeinen Regeln für die Untertanen, von Rechtssätzen."

S. 7: Justiz, Rechtspflege, Gerichtsbarkeit ist staatliche Tätigkeit zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung mit obrigkeitlicher Gewalt."

S. 13: „Verwaltung ist Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung. Den Zusatz ‚außerhalb von Gesetzgebung und Justiz' können wir dabei wohl entbehren; das ‚unter seiner Rechtsordnung' ersetzt ihn. Denn in der Gesetzgebung, wie wir sie verstanden, steht der Staat über seiner Rechtsordnung; in der Justiz geschieht alles für die Rechtsordnung. Das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtsordnung, unter der sie vor sich geht, ist ein freieres. Welcher Art es ist, das bildet gerade unser erstes Problem."

Ferner FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., 1919:

S. 3: „Alles staatliche Leben steht unter einer geschriebenen oder ungeschriebenen Grundordnung, die wir Staatsverfassung nennen. Sie ist es, die den Staat mit Organen ausstattet und ihn willens- und handlungsfähig macht. Dadurch wird der Staat zur Rechtspersönlichkeit."

S. 3/4: „Was der Staat zur Lösung seiner Lebensaufgaben unternimmt, erscheint im Gegensatze zur Verfassung als Verwaltung im weiteren Sinn. Wenn die Verfassung im staatlichen Leben das ruhende, beharrende Moment darstellt, so tritt uns in der Verwaltung der aktive Staat entgegen. Noch das 18. Jahrhundert hat dafür die Bezeichnung ‚Regierung' gebraucht. Allein schon früh hat die genauere Betrachtung in dieser umfassenden staatlichen Lebenstätigkeit verschiedene Richtungen zu erkennen und als besondere Funktionen der Staatsgewalt zu sondern begonnen: Rechtsetzung, Rechtsprechung und Verwaltung im engeren Sinn. Seiner Aufgabe, Recht zu schaffen, kommt der Staat durch die Gesetzgebung nach. Die Feststellung dessen, was nach Maßgabe des geltenden Gesetzes Rechtens ist, ist Sache der Justiz. Rechtsetzung und Rechtsprechung bilden die spezifischen Staatszwecke. Aber sie sind nicht die einzigen Aufgaben des Staats. Ein Staat, der sich darauf beschränkte, Gesetze zu geben und Rechtssprüche zu fällen, verfiele bald der Auflösung."

S. 4: „Denn es gibt Aufgaben, die der Staat zu besorgen hat, auch wenn sie ihm durch kein spzielles Gesetz aufgetragen sind. Die Pflicht zu ihrer Erfüllung ist untrennbar mit der Existenz eines Staates verbunden: Schutz der Staatsangehörigen und des Staatsgebietes gegenüber dem Ausland, Pflege der materiellen Wohlfahrt des Volkes u. a. m."

S. 5: „Alles was der Staat außerhalb von Gesetzgebung und Justiz besorgt, ist somit Verwaltung im engeren Sinn oder Verwaltung schlechthin — eine Summe von Verrichtungen technischer, geistiger, juristischer Natur, deren jede einen dem Gemeinwohl nützlichen Erfolg erzielen will."

E: Vgl. JULIUS HATSCHEK, Artikel „Fiskus" im Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechtes, 2. Aufl., 1. Bd., 1911, S. 803—809; ferner FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 36ff., 40ff. Ferner MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 126.

G: Vgl. GERHARD ANSCHÜTZ, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz:

S. 53: „Freie Tätigkeit der zweckbewußt durch ihre Organe handelnden Staatspersönlichkeit, frei vom Zwange des Rechts, aber innerhalb seiner Schranken — so stellt sich der Verwaltungsbegriff dar, wie ihn die moderne Staatswissenschaft, über den einseitigen Vollziehungsbegriff weit hinausgehend, ausgeprägt hat."

S. 54: „Kurz, die verwaltende Tätigkeit des Staates ist der freien Zwecktätigkeit des Individuums analog. Sie findet im Rechte ihre Schranke genau so, wie die Handlung des Einzelnen. Sie kann im Einzelfall durch Gesetze, Rechtssätze motiviert, unmittelbar veranlaßt sein. Aber selbst dann ist sie als solche nicht von der Rechtsnorm, sondern von einem, dem Leben im weitesten Sinne angehörenden ‚Gesetz' beherrscht: dem Zweckmäßigkeitsprinzip. Und dies ist auch der Fall dann, wenn die Verwaltungshandlung als vollkommen frei und durch Rechtsnormen nicht veranlaßt erscheint."

Ferner meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, XIX. Kapitel, S. 491—514.

H: Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 616—621. Insbesondere:

S. 616/7: „Mit voller Sicherheit läßt sich nämlich für jeden Staat ein bedeutsamer Gegensatz in der Ausübung aller seiner Funktionen konstatieren: der von freier und gebundener Tätigkeit. Freie Tätigkeit ist die nur durch das Gemeininteresse, aber durch keine spezielle Rechtsregel bestimmte; gebundene die in Erfüllung einer Rechtspflicht erfolgende. Die freie Tätigkeit ist die der Bedeutung nach erste, logisch primäre, aller übrigen Tätigkeit zugrunde

liegende. Durch sie setzt der Staat sein eigenes Dasein, da Staatengründung nur Vollziehung von Rechtssätzen ist; von ihr empfängt der Staat Richtung und Ziel seiner historischen Bewegung; aller Wandel und Fortschritt in seinem Leben geht von ihr aus. Ein Staat, dessen ganze Tätigkeit gebunden wäre, ist eine unvollziehbare Vorstellung. Diese freie Tätigkeit ist in all den historisch geschiedenen materiellen Staatsfunktionen vorhanden; keine ist ohne sie möglich. Am weitesten ist ihr Spielraum auf dem Gebiete der Gesetzgebung, die ihrer Natur gemäß der größten Freiheit genießen muß. Nicht minder bedeutsam zeigt sie sich jedoch inder Verwaltung, wo dieses Element den Namen der Regierung empfängt. Ein Staat mit einer nur nach Gesetzen handelnden Regierung wäre ein politisches Unding. Über die Richtung der von der Regierung ausgehenden Staatstätigkeit kann niemals eine Rechtsregel entscheiden."

Ferner: RUDOLF SMEND, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform. Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für WILHELM KAHL, 1923:

S. 15/6: „Die positive Bestimmung des Bereichs der Regierung kann nur Gegenstand umfassenderer staatstheoretischer Darlegung sein. Im folgenden soll das Ergebnis wenigstens angedeutet werden, lediglich um im Zusammenhang damit die Tragweite ungenügender und brauchbarer Begriffe in diesem Teil der Staatslehre anschaulich zu machen. Auch die formalistische Staatsrechtslehre hat darin meist richtig gesehen, und vollends die Rechtswissenschaft des Auslandes war durch die geschilderte Entwicklung ihres öffentlichen Rechts zu der Einsicht gezwungen, daß der Begriff der Regierung an dem der Verwaltung orientiert sein muß, weil beide Bereiche zusammen die komplementären Hälften des ganzen Umfangs der Staatsfunktionen, abgesehen von Gesetzgebung und Justiz, sind. Von diesem Standpunkt aus bestimmt sich die Regierung als der Teil des bezeichneten Bereichs, der in den Kreis der Politik fällt, d. h. in dem der Staat sich und sein Wesen bestimmt und durchsetzt, die Verwaltung dagegen als der Teil, in dem der Staat anderen Zwecken dient oder nur die technischen Mittel für seine politischen Funktionen schafft."

Vgl. dagegen C. F. VON GERBER, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts:

S. 29/30: „Eine besonders bemerkenswerte Ansicht ist die, daß die hier unter dem allgemeinen Gesamtnamen ‚Verwaltung' zusammengefaßte nicht gesetzgebende und nicht richterliche Tätigkeit des Staats in eine ‚regierende' und ‚vollziehende' zu scheiden sei (z. B. MARTITZ: Betrachtgn. über die Verf. des norddeutschen Bundes, 1868, S. 2). Unter jener soll dasjenige zu verstehen sein, was der Staat in freier Tat, also nicht in bloßer Gesetzausführung tut, — Kriegserklärungen, Friedensschlüsse, Abschluß von Staatsverträgen, Gründung nützlicher Anstalten, vielleicht auch Ausübung des Staatsnotrechts. So gern ich einräume, daß es etwas Anstößiges haben mag, alle solche Handlungen, in denen sich die Machtfülle des Staats offenbart, unter dem anspruchslosen Namen ‚Verwaltung' zu begreifen (der freilich mehr nur die Negation der Kennzeichen des Gesetzgebens und Richtens bezeichnen soll) so fehlt es mir doch zur Zeit noch an dem Nachweise eines genügenden juristischen Interesses, jene Tätigkeitsfälle in der angegebenen Weise zu gruppieren, wogegen ich die Berechtigung solcher Spezialisierungen für andere als juristische, Staatswissenschaftszwecke bereitwillig einräume."

K: Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre:

S. 612/3: „Die zentrale Stellung unter diesen Funktionen nimmt die Verwaltung ein. Es gab lange Epochen in der Geschichte, denen die Gesetzgebung ganz unbekannt war. Verhältnismäßig hohe Kultur ist es, wo neben das Gewohnheits- das Gesetzesrecht tritt. Auch heute aber ist die Gesetzgebung eine intermittierende Funktion. Ebenso ist die Rechtsprechung intermittierender Natur; bei geringer sozialer Entwicklung können sogar längere Zeiträume vergehen, in denen kein Anstoß für den Richter vorliegt, tätig zu werden. Verwaltung aber, die ja die Regierung in sich enthält, muß immer geübt werden. Ohne sie könnte der Staat keinen Augenblick existieren. Despoten ohne Gesetz und Richter sind wenigstens vorstellbar, der verwaltungslose Staat wäre Anarchie. Die Verwaltung ist aber auch die umfassendste Funktion. Alle Vorbereitung der Gesetzgebung fällt ihr zu, die richterliche Tätigkeit wird von ihr unterstützt, sie sichert die Vollziehung des Rechtsanspruches. Auch geschichtlich zeigt sich die Verwaltung als Grundfunktion, indem die Gesetzgebung erst später zu ihr hinzutritt, oder aus ihr sich absondert, und indem auch die rechtsprechende Tätigkeit, anfänglich auf ein geringes Maß beschränkt, mit wachsender Entwicklung des Staates einen immer breiteren Raum gewinnt. Daher kann man als Verwaltung alle Staatstätigkeit bezeichnen, die nach Ausscheidung von Gesetzgebung und Rechtsprechung übrigbleibt. In dieser Möglichkeit negativer Begrenzung zeigt sich ihre Bedeutung für den Staat. Nur die Verwaltung wurde in solcher Weise, durch den bloßen Gegensatz zu anderen Tätigkeiten und Gebieten des Staates, zu erklären versucht. Mit dem Wachstum der Gesetzgebung jedoch ändert sich die ursprüngliche Stellung der Verwaltung. Die Gesetzgebung nimmt nämlich ein immer breiter werdendes Gebiet ein. Aber nicht nur einschränkend wirkt sie, vielmehr wird sie auch zur Herrscherin über die anderen Funktionen. Bei

der rechtsverwirklichenden Tätigkeit der Rechtsprechung ist das ohne weiteres klar; aber auch ein bedeutendes Stück der Verwaltung unterwirft sich die Gesetzgebung in fortschreitender Weise, so daß unter normalen Verhältnissen im entwickelten Staate die Verwaltung in Abhängigkeit von der Gesetzgebung gerät. In alter und neuer Zeit ist daher der normale Staat als ein solcher definiert worden, in dem die Gesetze herrschen, in dem also Verwaltung und Rechtsprechung gemäß Rechtsregeln erfolgen."

L: Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 10; ferner Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre:

S. 610/11: „Neben diesen normalen Funktionen gibt es aber noch außerordentliche Staatstätigkeiten, die in keine der drei Kategorien passen. Das ist in erster Linie der Krieg. Man hat zwar auch versucht, die Kriegsführung als Verwaltungstätigkeit hinzustellen, allein mit Unrecht, denn alle Verwaltung setzt die unbestrittene Herrschaft des Staates, sein unwiderstehlich wirkendes Imperium, das sichere Funktionieren seiner Rechtsordnung voraus. Der Krieg aber, wenn auch durch Völkerrecht einschränkbar, steht als solcher außerhalb einer jeden Rechtsordnung. Im Kriege steht des Staates Dasein auf dem Spiele, in der Verwaltung bewährt es sich als unerschütterliche Macht. Auch völkerrechtliche Maßregeln außerhalb des Krieges, die unmittelbar gegen den fremden Staat selbst gerichtet sind, wie die Friedensblockade, sind nicht als Verwaltungsakte zu charakterisieren, weil Verwaltungszwang nur gegenüber einem Untergebenen geübt werden kann. Verwaltungsakt ist ferner nicht der in Form eines Krieges geführte Kampf gegen einen Aufstand, weil in ihm die Existenz des Staates ebenso bedroht sein kann, wie in einem internationalen Kriege."

Zu § 36. Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 15. Kapitel, S. 505 bis 539; Richard Schmidt, Die Vorgeschichte der geschriebenen Verfassungen, 1916. Ferner meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl., Vorrede, S. XVff. und die dort zitierte Literatur, insbesondere Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 209ff.

A: Vgl. Alfred Verdross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, S. 47ff.

Zu § 37. Vgl. Hermann Rehm, Allgemeine Staatslehre, S. 217, 226, 233, 237ff. u. passim; Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, S. 209ff.; Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 497ff., 596ff.

D: Vgl. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 165ff.

Zu § 38. Vgl. Hermann Rehm, Allgemeine Staatslehre 39—41, S. 176—180; Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, S. 135ff., insbesondere Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XVI. Kapitel, S. 540—593. Ferner meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, XVII. Kapitel, S. 450—465, und Erich Voegelin, Reine Rechtslehre und Staatslehre, Zeitschrift für öffentl. Recht, IV. Bd., 1.—2. Heft, S. 80ff., insbesondere S. 97ff.

C. F. von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutsch. Staatsrechts:

S. 72/3: „Schon in der Vorstellung des Staats als eines Organismus liegt der Gedanke, daß ihm gewisse Organe angeschaffen sein müssen, in deren Handeln sich der Wille seiner Persönlichkeit verwirklicht. In den monarchischen Staaten Deutschlands sind dies der Monarch und die Stände. Die Art und der Umfang, in welchem beide als Organe des Staates wirken, ist ganz verschieden; aber beiden Organen gemeinsam ist die Eigenschaft, daß der in ihrem Wesen enthaltene Beruf rechtlichen Handelns ihren Berechtigten als eigener und ursprünglicher zukommt. Daher ist die Festsetzung ihres Rechts eine der hauptsächlichsten Aufgaben des Grundgesetzes. Nicht zu den Organen des Staates gehören die Staatsdiener; ihr Recht ist kein ursprüngliches Recht zur Kundgebung des Staatswillens, sondern ein abgeleitetes, sie sind nur die rechtlichen Gehilfen des Monarchen."

A: Vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte:

S. 224: „Nur die befehlende, ordnende, leitende Tätigkeit in der Behörde und der Anstalt ist staatlicher Art. Wissenschaftliche, künstlerische, technische Verrichtungen bleiben Aktionen der Individuen, die vom Staate zwar angeordnet, aber nicht vollzogen werden können. Nur daß, nicht wie sie stattfinden, ist staatliches Werk. Sie sind, soweit sie überhaupt staatlich relevant sind, Vollziehung staatlichen Willens, nicht staatlicher Wille selbst."

B: Vgl. HERMANN COHEN, Logik der reinen Erkenntnis, 2. Aufl.:

S. 349: „Der Organismus. Die neue Art von Teilen, welche die neue Einheit, das neue System des Individuums charakterisieren, hat die Antike bereits als Organe bezeichnet. Und diese Werkzeuge hat man nicht etwa einer äußeren Technik zugewiesen, sondern vielmehr als intimste Vehikel des Lebens gedacht. Das Organische bezeichnet demgemäß einen Gegensatz zum Mechanischen in der schlechten populären Bedeutung, in welcher das letztere Wort, wie auch in dem ästhetischen Kunstwort des Deus ex machina gemeinhin genommen wird. Die Organe sind nicht Teile. Aber wie das Indivisible zum Ursprung der Zahl führt, so führt das Individuum zum Ursprung der Lebenseinheit. So führt das Organ zum Organismus, als dem System seiner Organe. Die Teile werden Glieder, die Werkzeuge Gliedmaßen. Die Einheit dieses Gegenstandes wird die aparte Art von Körper, die der Leib bezeichnet. Es ist also durchaus noch die Voraussetzung des Systems hier in Wirksamkeit; aber die Richtung wird eine andere. Wir hatten es aber als einen Vorzug des Systems vor der Allheit erkannt, daß in dieser die Elemente selbst Nebensachen blieben; nur auf ihre Zusammenfassung, Zusammenfaßbarkeit kommt es an. Im System dagegen treten die Elemente selbst hervor, deren Zusammenfassung das System zu bewältigen hat."

OTTO GIERKE nähert sich gelegentlich der Erkenntnis, daß der Gedanke des Organismus nur der Gedanke eines ideellen Systems ist. Vgl. die Anmerkung zu § 3, D. Ferner die folgenden Stellen aus GIERKEs Abhandlung: Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaft, 1874 (gegen VAN KRIEKEN, Über die sogenannte organische Staatstheorie, 1873):

S. 270: „Van Krieken fühlt daher auch sofort das Bedürfnis, dieses Fundament zu zerstören, und führt gegen dasselbe schon inmitten der geschichtlichen Darstellung sein späteres Hauptargument ins Feld, daß hiernach der Staat als ‚Naturprodukt' aufgefaßt werde, während er in Wahrheit ‚eine Frucht menschlicher Tätigkeit, ein Werk des bewußten, vernünftigen menschlichen Willens' sei. Mit diesem Argument aber begeht er eine für die ganze spätere Darstellung höchst nachteilige Verwechslung, indem er vermöge einer petitio principii ‚Organismus' und ‚Naturprodukt' als identische Begriffe setzt. In Wahrheit wäre, selbst wenn die Frage nach der Bedeutung des freien Willens für die Staatsexistenz im Sinne des Verfassers entschieden wäre, damit noch keineswegs bewiesen, daß der Staat nicht Organismus sein kann. Vielmehr entstünde dann erst die weitere Frage, ob nicht eben über denjenigen Organismen, welche die unbewußte Natur erzeugt, eine höhere Gattung von Organismen durch die menschliche Willenstätigkeit, welche ja nur die höchste Stufe der Naturbewegung, die bewußt gewordene Natur ist, hervorgebracht wird."

GIERKE erklärt den Staat für einen Rechtsorganismus:

S. 287: „Denn gerade dies ist der Inhalt der organischen Staatslehre, daß für das Recht zweierlei Organismen existieren, deren spezifischer Unterschied genau in dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein jener individualistischen Merkmale liegt. Die einzigen für das Recht in Betracht kommenden natürlichen Organismen, die Menschen, sind im Recht allerdings schlechthin einfache Wesen; sie sind für das Recht dasselbe, was für die organische Naturlehre die Elementarorganismen sind; ihr gesamtes inneres Leben, ihre Zusammensetzung und Gliederung ist dem Recht völlig entzogen, und juristisch betrachtet, sind sie daher in der Tat schlechthin nur Einheiten und ihre Glieder und Organe ‚Nichts'. Allein darüber wird die Existenz von Organismen behauptet, deren Leben aus der Vereinigung solcher einfacher Rechtswesenheiten entsteht und die daher auch für das Recht die Bedeutung einer zusammengesetzten Rechtswesenheit haben."

Andererseits erklärt er wieder in seiner Abhandlung: „Das Wesen der menschlichen Verbände":

S. 33: „Die Rechtswissenschaft hat es mit den sozialen Lebenseinheiten nur insoweit zu tun, als sie sich im Recht auswirken, und muß daher notwendig einseitig verfahren. Denn das Rechtsleben ist nur eine und keineswegs die wichtigste Seite des Gemeinlebens. Die Rechtswissenschaft muß sich dieser Einseitigkeit bewußt bleiben. Sie muß daher auch stets sich daran erinnern, daß die lebendigen Kräfte der gesellschaftlichen Organismen sich jenseits des Rechts in allen Macht- und Kulturbewegungen äußern und ihre gewaltigsten Wirkungen unabhängig vom Recht, ja gegen das Recht vollbringen."

Wenn also das Wesentliche der sozialen Organismen jenseits des Rechtes liegt, wie soll sich die Rechtswissenschaft ihrer bemächtigen? Es ist die Zwei-Seitentheorie, die sich hier einstellt. Und demgemäß sagt GIERKE, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbuch 1883:

S. 1149: „Denn der Staat ist kein bloßer Rechtsorganismus, sondern ein natürlicher und geistig-sittlicher Gesellschaftsorganismus, dessen Daseinsordnung zwar notwendig zugleich Rechtsordnung ist, keineswegs jedoch hierin aufgeht."

Vgl. dazu FRITZ SANDER, Staat und Recht, S. 245ff., insbesondere S. 267.

C: Vgl. GEORG JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 28ff., 223ff.

D: Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 542ff.

Zu § 39. Die Forderung, den Staat als Rechtsinhaltsbegriff zu bestimmen, hat aufgestellt WALTER HENRICH, Theorie des Staatsgebiets, S. 12ff.

Zu § 40. Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 544ff.

Zu § 41. G: Vgl. OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, II. Aufl., I. Bd.:

S. 97/8. „Voraussetzung nämlich für die Wirksamkeit des gehörig kundgemachten obrigkeitlichen Aktes ist seine Rechtmäßigkeit. Der Akt, dem es hieran fehlt, ist ein ungültiger Akt und soll auch die Rechtswirkung, auf die er gerichtet ist, nicht hervorbringen, unwirksam sein. Das tritt aber beim Verwaltungsakt wie beim Urteil so einfach nur zutage in einer besonders starken Art rechtlicher Fehlerhaftigkeit, im Falle der Nichtigkeit. Der Verwaltungsakt ist nichtig, wenn die Stelle, von der er ausging, keine Behörde ist oder Maßregeln dieser Art überhaupt nicht im Bereiche ihrer Zuständigkeit liegen. Dann erscheint die Kraft des Staatswillens von vornherein nicht in ihm; er wirkt nicht. Wo die Fehlerhaftigkeit nicht so weit geht, also in den Fällen der einfachen Ungültigkeit, besteht auch der ungültige Verwaltungsakt vorerst einmal zu Recht, als wäre er gültig, und ist wirksam. Die Ungültigkeit wird erst von Bedeutung, wenn der Akt an eine zur Nachprüfung zuständige Behörde gelangt. Die kann ihn alsdann, je nach dem Umfang ihrer Nachprüfungszuständigkeit, für ungültig erklären und ihn dadurch nichtig machen oder ihm wenigstens für ihren bestimmten Bereich die Beachtung versagen, als bestände er nicht. Die Ungültigkeit bedeutet also hier eine bloße Vernichtbarkeit. Hierin erweist sich wieder die grundsätzliche Verschiedenheit des Rechtswertes der Willenserklärungen der Obrigkeit von dem der Rechtsgeschäfte der Einzelnen. Die letzteren sind wirkungslos, wenn sie nicht ihre Rechtmäßigkeit nachweisen. Die Obrigkeit aber, wenn sie innerhalb ihrer allgemeinen Zuständigkeit bestimmt, bezeugt damit zugleich, daß die besonderen Voraussetzungen für die Gültigkeit ihres Aktes gegeben sind. Diese Selbstbezeugung und damit die Wirksamkeit des Aktes kann nur überwunden werden durch eine stärkere Zuständigkeit."

In einer Anmerkung polemisiert OTTO MAYER gegen eine zu enge Formulierung des Grundsatzes von der Ausschließung des Prüfungsrechtes:

S. 98, Anmerkung: „Er ist aber immer noch zu eng gefaßt, wenn er nur auf den Ausschluß des ‚richterlichen Prüfungsrechtes' zugespitzt wird. Ausschluß des ‚Prüfungsrechtes' für jeden, dem nicht eine besondere Zuständigkeit in dieser Hinsicht verliehen ist, muß die richtige Formel sein. Das trifft auch für Urteile und Verwaltungsakte zu."

Ferner: FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts.

S. 194—196: „Während das Privatrecht im allgemeinen ein mit rechtlichen Mängeln behaftetes Rechtsgeschäft als nichtig behandelt, läßt das öffentliche Recht diese Wirkung nur bei den gröbsten Verstößen gegen das Gesetz eintreten. Es betrachtet als nichtig nur diejenige Verfügung, welcher ein wesentliches juristisches Element fehlt. Zu den wesentlichen Elementen jeder Verfügung gehört aber, 1. daß die verfügende Behörde sachlich und örtlich zuständig gewesen ist, 2. daß die Verfügung in die vom Gesetze vorgeschriebene Form gekleidet und unter Beobachtung der wesentlichen Vorschriften über das Verfahren erlassen worden ist, und 3. daß die Verfügung etwas anordnet, was tatsächlich und rechtlich möglich ist und gegen kein Verbotsgesetz verstößt. Erfüllt eine Verfügung eine dieser Voraussetzungen nicht, so ist sie nichtig. Die nichtige Verfügung ist auch nicht dem Scheine nach rechtsbeständig. Sie kann von jedermann als nicht vorhanden betrachtet werden. Einer besonderen formellen Kraftloserklärung bedarf es nicht. Eine solche ist aber auch nicht ausgeschlossen: der Behörde, die die Verfügung erlassen hat, wie der Aufsichtsinstanz kommt es zu, die nichtige Verfügung von Amts wegen zurückzunehmen, und derselbe Erfolg wird mit einer Klage an das Verwaltungsgericht erreicht.— Ist dagegen eine Verfügung mit einer Ungültigkeit anderer Art behaftet, so kann ihr die Fähigkeit zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen nur durch eine amtliche Kraftloserklärung genommen werden. Bis eine solche erfolgt ist, ist jedoch die Verfügung als rechtsbeständig zu behandeln. Diese Außerkraftsetzung kann erfolgen entweder von Amts wegen — d. h. durch Zurücknahme

der ungültigen Verfügung von seiten der Behörde, welche die Verfügung erlassen hat, oder von seiten der Aufsichtsinstanz vermöge ihrer Aufsichtsgewalt — oder aber auch durch eine auf Beschwerde oder Klage des betroffenen Bürgers hin ergehende Entscheidung der zuständigen Behörde im Beschwerde- oder Verwaltungsstreitverfahren."

S. 199: „Die dargestellte Bevorzugung der Ungültigkeitserklärung vor der ipso iure eintretenden Nichtigkeit rechtfertigt sich durch Verkehrsrücksichten. Die Rechtssicherheit wäre gefährdet, stünde jeder Behörde und jedem Bürger die Befugnis zu, einen der äußeren Erscheinung nach gesetzmäßigen Staatsakt als nicht vorhanden zu betrachten."

Vgl. dagegen EDGAR LOENING, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884:

S. 122/23: „Für alle Beamten ergeben sich aus der Verpflichtung, das Amt wahrzunehmen: . . . c) Die Pflicht des Gehorsams gegenüber den vorgesetzten Behörden. Doch ist diese Pflicht des Gehorsams keine unbeschränkte. Sie ist beschränkt durch die Verpflichtung des Beamten, sein Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend wahrzunehmen. Es ergibt sich hieraus, daß, sofern nicht durch positiven Rechtssatz etwas anderes bestimmt ist, der Beamte nur verpflichtet ist, denjenigen Befehlen und Anweisungen seiner vorgesetzten Behörden Gehorsam zu leisten, welche der Verfassung und den Gesetzen entsprechen. Zur Ausführung verfassungs- und gesetzwidriger Befehle ist er nicht verpflichtet und nicht berechtigt, er ist vielmehr für deren Ausführung selbst verantwortlich." — „Die Frage ist überaus bestritten. Allgemein einverstanden ist man darüber, daß die Verpflichtung des Beamten nur geht: 1. auf die Erfüllung amtlicher Geschäfte, 2. auf die Ausführung von Befehlen, die in der vorschriftsmäßigen Form erteilt werden, 3. auf die Ausführung von Handlungen, zu deren Vornahme er in örtlicher und sachlicher Beziehung eine allgemeine Zuständigkeit besitzt. Dagegen geht eine weitverbreitete Ansicht in Praxis und Theorie dahin, daß der Beamte nicht zu prüfen habe, ob die ihm aufgetragene Handlung materiell das geltende Recht verletze oder nicht." — „Auch wenn die Handlung an sich rechtswidrig sei, so habe der Beamte dem Befehle zu gehorchen, und nicht er, sondern derjenige, der den Befehl erteilt habe, sei hierfür verantwortlich." — „Notwendig ist dies nicht, aber die Vollziehung einer an sich unrechtmäßigen Handlung kann nur durch einen positiven Rechtssatz eine rechtmäßige werden. Ein solcher Rechtssatz besteht aber nach Reichsrecht nicht und kann nicht durch politische Erwägungen, wie sie LABAND I, 427ff. anstellt, ersetzt werden."

Ferner PAUL LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, II. Bd.:

S. 461ff.: „Wenn andererseits der Beamte gesetzmäßige Befehle nicht befolgt, weil er sie für gesetzwidrig hält, so begeht er eine Verletzung der Dienstpflicht, ein Dienstvergehen, und kann überdies eine strafrechtliche oder privatrechtliche Verantwortlichkeit wegen der Unterlassung auf sich laden. Die Prüfung der Gesetzmäßigkeit aller dienstlichen Anordnungen muß daher von jedem Beamten, und zwar auf eigene Gefahr vorgenommen werden. Darum ist es von Wichtigkeit, festzustellen, worauf sich diese Prüfung zu erstrecken hat. Würde man dieselbe auf die Frage ausdehnen, ob die vorgesetzte Behörde die bestehenden Rechtsvorschriften materiell richtig ausgelegt und angewendet hat, so würde man das System der Behördenorganisation und die Unterordnung der niederen Behörden unter die oberen nicht nur zerstören, sondern geradezu auf den Kopf stellen." — *S. 462:* „Die Prüfungspflicht des Beamten erstreckt sich vielmehr lediglich auf die formelle Rechtmäßigkeit der ihm erteilten Vorschriften und zerlegt sich in drei Fragen: Ist die befehlende Behörde kompetent, den Befehl zu erlassen? Ist der beauftragte Beamte kompetent, die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen? Ist der Befehl in der vorschriftsmäßigen Form erteilt worden?" — *S. 461,* Anmerkung: „In der neueren Staatsrechtsliteratur begegnet man öfters der Lehre, daß der Beamte, welchem ein gesetzwidriger Befehl erteilt worden ist, bei der Oberbehörde zu remonstrieren verpflichtet sei, wenn aber seine Vorstellung fruchtlos bleibe, dann den Befehl ausführen müsse." — „Diese Theorie, obwohl sie in manche kleinstaatliche Verfassungen sich eingeschlichen hat, ist keine Lösung der Frage, sondern eine praktisch wertlose Umgehung derselben. Ein rechtswidriger und an sich nichtiger Befehl kann dadurch nicht Rechtswirksamkeit erlangen, daß er zweimal erteilt wird; ein Beamter, dem die Befolgung des Befehls untersagt ist, kann nicht dadurch, daß er dies der Oberbehörde gegenüber ausgesprochen hat, nunmehr zur Ausführung dieses Befehles verpflichtet und befugt werden. Würde die Theorie wirklich Geltung haben, so könnte sich jeder Beamte durch eine zum Schein vorgebrachte Remonstration decken, oder es könnte die vorgesetzte Behörde ihrem Befehl gleich eine Klausel beifügen, welche der Unterbehörde andeutet, daß Remonstrationen fruchtlos sein würden. Übrigens würde es aber wohl keine Behörde für angemessen erachten, mit den Unterbehörden sich in einen fortwährenden Meinungsaustausch darüber einzulassen, ob und aus welchen Gründen ihre Entscheidungen dem Recht und den Gesetzen gemäß sind."

Ferner C. F. VON GERBER, Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts, S. 113f.

I: Vgl. ADOLF MERKL, Die Lehre von der Rechtskraft, passim.

Zu § 42. E: OTTO GIERKE, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft:

S. 1145: „Ein dritter Unterschied der Staatsorgane ergibt sich daraus, daß unter ihnen Eines das höchste sein muß, weil die Einheit der Staatspersönlichkeit unabweislich zu einem einheitlichen Zentralorgan drängt."

Und

S. 1147: „In Wahrheit ist mit der Einheit des Gemeinwesens eine Verteilung der in der Staatsgewalt enthaltenen Funktionen unter mehrere unmittelbar und selbständig zur Darstellung der Staatspersönlichkeit berufene Organe durchaus verträglich. Unverträglich mit dieser Einheit ist nur die mechanische Zerreißung der staatlichen Funktionen in mehrere als unabhängige ‚Gewalten' an getrennte Organe gewiesene Machtsphären. Darum bedarf es allerdings eines höchsten Organes, das in der Stellung eines ‚Zentralorganes' an jeder staatlichen Funktion essentiell und führend beteiligt ist. Es ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, daß dieses ‚souveräne' Organ in gewissen Richtungen nur gemeinschaftlich mit einem nicht souveränen Organe die ‚ungeteilte und unteilbare Staatgewalt' auszuüben hat. Gerade hier vielmehr besteht das Wesen des konstitutionellen Staates, in welchem daher in der Tat der Souverän nicht der ‚alleinige' Träger der Staatsgewalt ist, sondern ‚Mitträger' derselben anerkennt."

Ferner: Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre:

S. 550: „Die politische Forderung, daß die Einheit des Staates sich auch in der Einheit eines höchsten Organes darstelle, weil dadurch inneren Konflikten am meisten vorgebeugt werde, hat häufig zu dem falschen Satze verleitet, daß rechtlich in einem Organ die ganze Staatsgewalt konzentriert sein müsse."

S. 550: „Richtig ist, daß der Staat stets eines einheitlichen Willens bedarf, unrichtig, daß dieser Wille der eines einzigen Organs sein müsse."

S. 552: „Im Zusammenhange mit dieser abgewiesenen, eine bestimmte politische Lehre mit dem Mantel von Rechtssätzen bekleidenden Theorie steht die, welche das Dasein eines Trägers der Staatsgewalt in jedem Staate als über dessen Organen stehend behauptet. Träger der Staatsgewalt ist der Staat und niemand anders."

Aber:

S. 554: „Wohl aber bedarf ein jeder Staat eines höchsten Organs. Das höchste Organ ist dasjenige, welches den Staat in Tätigkeit setzt und erhält und die oberste Entscheidungsgewalt besitzt. In jedem Staate ist nämlich ein Organ notwendig, das den Anstoß zur gesamten staatlichen Tätigkeit gibt, dessen Untätigkeit daher die Lähmung des Staates nach sich ziehen würde."

S. 554/5: „Sollte eine bestimmte Verfassung zwei höchste Organe aufweisen, die gleichwertig nebeneinanderstehen, so wäre damit ein dauernder Kampf zwischen ihnen die notwendige Folge, der mit dem Siege des einen oder der Vernichtung des Staates enden würde. Das haben die römische Dyarchie und das Ringen zwischen Fürst und Ständen in der mittleren und neueren Zeit zur Genüge gelehrt."

Vgl. auch Bemerkungen zu §§ 45 u. 46. Ferner: ADOLF MERKL, Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre. Schweizerische Juristenzeitung, Heft 24, 1920.

Zur Frage der Bedeutung des Grundsatzes „lex posterior derogat priori" vgl. mein Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 115, und die dort zitierte Abhandlung von ADOLF MERKL im Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 37, S. 75.

Zu § 43. Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, XVII. Kapitel, S. 566—594; JULIUS HATSCHEK, Allgemeines Staatsrecht, I. Teil, S. 67ff.

B: Zum Begriff und Wesen der juristischen Fiktion vgl. meine Abhandlung: Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Annalen der Philosophie, 1919, S. 630ff.

E: Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre:

S. 582/3: „Die so gebildete Vertretung ist nunmehr Willensorgan des Volkes geworden. Volk und Volksvertretung bilden demnach juristisch eine Einheit. In beiden Formen, der unmittelbaren und der repräsentativen Demokratie, ist das Volk Staatsorgan; in jener wird aber der Organwille durch das einheitliche Volk in seiner Gesamtheit, in dieser durch ein besonderes Willensorgan des Volkes gebildet. Genau dasselbe Verhältnis ist aber auch in der konstitutionellen Monarchie vorhanden, wo das Volk nicht grundsätzlich in seiner Stellung als unmittelbares Organ überhaupt, sondern nur durch den viel engeren Umfang seiner Befug-

nisse und vor allem dadurch, daß nicht ihm, sondern dem Monarchen die Stellung als höchstes Staatsorgan zukommt, sich von dem Volke in der Demokratie unterscheidet. Auch in jener Staatsform aber ist das Volk in seiner Gesamtheit Staatsorgan geworden, das seinen Willen an dem des Parlamentes hat. Volk und Parlament sind daher eine rechtliche Einheit. Das Volk ist durch das Parlament im Rechtssinne organisiert."

S. 585/6: „Im Staate mit Repräsentativverfassung ist das Volk als einheitliches Staats element zugleich aktives Staatsglied, kollegiales Staatsorgan oder, noch genauer ausgedrückt, derjenige Teil des Volkes, dem verfassungsmäßig die Ausübung staatlicher Funktionen in geringerem oder größerem Umfange zukommt. Einen Teil der Funktionen übt es selbst, den anderen durch einen Ausschuß aus, der als Organ des Volkes zugleich Organ des Staates selbst ist. Volksvertretungen sind daher sekundäre Organe, d. h. Organe eines Organs. Das Volk als Einheit hat seinen Organwillen demnach teils an dem nach einer festen Ordnung gewonnenen Willen seiner Mitglieder, teils an dem seines Ausschusses; es ist teils primäres, teils sekundäres Organ. — Als primäres Organ handelt das Volk selbst in dem Wahlakte, durch den es sich Repräsentanten bestellt. — Und zwar ist das Volk nicht bloß reines Kreationsorgan, dessen Funktion und Recht mit der Ernennung des Abgeordneten konsumiert ist, wie es die Wahl des Kaisers durch die Kurfürsten war und die des Papstes und der Bischöfe in der Kirche ist, die kein besonderes rechtliches Band zwischen Wählern und Gewählten schafft, sondern diese von jenen ganz loslöst und über sie erhebt. Vielmehr knüpft sie eine dauernde Verbindung zwischen dem Repräsentanten und dem Gesamtvolke, nämlich ein Organverhältnis, das seiner Natur nach nur ein Rechtsverhältnis sein kann. Damit stimmt auch die dauernde und normale politische Abhängigkeit des Gewählten von den Wählern überein, die von der herrschenden Theorie als rechtlich unerheblich gänzlich ignoriert werden muß. Jene juristisch nicht meßbaren, aber politisch so wirksamen Mächte der öffentlichen Meinung sorgen dafür, daß, trotzdem der Gewählte seinen Wählern keinerlei Rechenschaft schuldet, er dennoch immer unter ihrer wirksamen Kontrolle steht."

[*S. 589/90:* „Das juristisch Bedeutsamste an der hier vorgetragenen Lehre liegt aber darin, daß erst durch sie eine wichtige Erscheinung in den Staaten mit konstitutioneller Verfassung verständlich wird. Die meisten Staaten dieser Art besitzen für die Wahlkammern das Institut der Integralerneuerung und gewähren der Regierung das Auflösungsrecht. Wenn nun die Legislaturperiode abgelaufen oder die Kammer aufgelöst ist, welchen Charakter hat ein solcher Staat in der Zwischenzeit bis zu den Neuwahlen? Nach der herrschenden Lehre müßten solche konstitutionelle Staaten zugleich intermittierende absolute Staaten sein. Das ist aber keineswegs der Fall. Wenn der deutsche Reichstag aufgelöst ist oder neu gewählt wird, so fehlt in der Zeit vom Schluß der Session bis zu den vollzogenen Neuwahlen dem Reiche keineswegs das Organ des Volkes, vielmehr ist die dauernde gesetzliche Einrichtung der Wahlorganisation vorhanden, die Wahlberechtigten; das Volk als primäres Organ ist stets da, um die ihm zukommende Organtätigkeit auszuüben, was immer für Geschäfte mit der Vorbereitung zur Wahl verknüpft sein mögen."

F: Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre:

S. 591/2: „Monarchen hingegen sind primäre Staatsorgane. Wenn die belgische und die rumänische Verfassung nach dem Vorgange der französischen von 1791 den König als Repräsentanten der Nation betrachten, so hat das juristisch gar keine Bedeutung, da das Volk den König weder ernennen noch absetzen, noch zur Verantwortung ziehen kann, ihm also jede Möglichkeit genommen ist, sich dem König gegenüber als primäres Organ zu betätigen. Jene Verfassungssätze haben vielmehr nur die Bedeutung, daß durch sie die historische Tatsache der Einsetzung der Dynastie durch Wahl der Kammern ausgesprochen und die Kompetenz der Krone festgesetzt wurde. Auch in der Monarchie, die auf demokratischem Prinzip errichtet ist, hat daher das Staatshaupt nicht den Charakter eines Volksrepräsentanten."

S. 592: „Wenn ein Beamter sein Amt unabhängig vom Dienstherrn ausübt, also dessen Dienstbefehlen nicht unterstellt ist, so ist er, soweit diese Unabhängigkeit reicht, Repräsentant des Dienstherrn, nicht mittelbares Organ. Das gilt in erster Linie von den Richtern. Da, wo die Richter einen Dienstherrn überhaupt nicht haben, wie in den Vereinigten Staaten, wo sie entweder durch Volkswahl bestellt oder von der vollziehenden Gewalt ernannt werden, ohne daß dieser irgendein weiterer Einfluß auf sie zusteht, ist der repräsentative Charakter der Richter klar ausgeprägt. Sie sind in solchen Staaten unmittelbare sekundäre Staatsorgane. Anders in den Staaten, wo die Richter fortdauernd der Dienstgewalt des sie ernennenden Staatsoberhauptes unterworfen sind. Hier sind sie, soweit die Befugnisse der Justizverwaltung ihnen gegenüber reichen, mittelbare Organe, in der Rechtsprechung jedoch Repräsentanten des Dienstherrn. Die Rechtsprechung im Namen des Monarchen besagt, daß der Richter als sekundäres Organ des Monarchen handelt, daß sein Wille unmittelbar Monarchenwille sei, wie der Wille des Volksvertreters Volkswille.

ferner S. 673, 677.

Zu § 44. Vgl. J. C. BLUNTSCHLI, Allgemeine Staatslehre, VI. Buch, S. 369—561; HERMANN REHM, Allgemeine Staatslehre, §§ 42—47, S. 180—197; RICHARD SCHMIDT, Allgemeine Staatslehre, I. Bd., § 31, S. 259—271; GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, XX. Kapitel, S. 661—736; JULIUS HATSCHEK, Allgemeines Staatsrecht, I. Teil, S. 5ff.

A: Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre,

S. 661: „Unter dem ungeheuren Einfluß des Aristoteles namentlich hat die Folgezeit bis zur Gegenwart herab nach Einteilungen der Staatsformen geforscht, die von einem bewegenden Zentrum aus der Staaten Leben und Schicksale sollten allseitig uns verstehen lehren."

S. 664/5: „Es gehört zu den genialsten Gedanken der antiken Staatswissenschaft, daß die Staatsformen identisch mit den Verfassungsformen sind. Was immer in staatlichen Dingen sich ändert, gewisse abstrakte Willensverhältnisse bleiben unter allen Umständen dieselben, das Maß ihrer Veränderlichkeit ist in feste, engumschriebene Grenzen gebannt. Sie bilden gleichsam das feste Gerüst, an das sich die tausendfachen variablen Elemente des einzelnen Staates anschmiegen. Welches aber ist das oberste Einteilungsprinzip der Verfassungen? Die antike Lehre hat es, ausgehend von der Anzahl der herrschenden Personen, in deren ethischen und sozialen Eigenschaften finden wollen. Damit wurde aber ebenfalls ein unbestimmtes und schwer zu bestimmendes Element in das Einteilungsprinzip eingeführt, das im konkreten Falle die Möglichkeit der Anwendung leicht versagen kann. Mit wissenschaftlicher Sicherheit lassen sich unter allen Umständen nur die formalen Momente der in der Verfassung ausgeprägten Willensverhältnisse erkennen, die, von aller konkreten Besonderheit unberührt, kraft rechtlicher Notwendigkeit im Staatsleben zum Ausdruck kommen müssen. Daher ist eine wissenschaftlich befriedigende Einteilung der Staatsformen nur als eine rechtliche Einteilung möglich. Die Frage nach den Staatsformen ist identisch mit der nach den rechtlichen Unterschieden der Verfassungen."

Vgl. ferner: LEONIDAS PITAMIC, Plato, Aristoteles und die reine Rechtslehre, Zeitschrift für öffentliches Recht, II. Bd., S. 683ff.

B: Vgl. meine Schrift: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1920. Ferner FELIX WELTSCH, Organische Demokratie, 1918, S. 9ff.

C: Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre,

S. 665/6: „Das rechtliche Unterscheidungsprinzip ist aber kein anderes als das nach der Art der staatlichen Willensbildung. Zwei juristische Möglichkeiten sind hier gegeben. Entweder wird der höchste, den Staat in Bewegung setzende Wille gemäß der Verfassung auf rein psychologischem, daher natürlichem oder auf juristischem, daher künstlichem Wege gebildet. Im ersten Falle vollzieht sich die Willensbildung gänzlich innerhalb einer physischen Person, und der also gebildete Staatswille erscheint daher zugleich auch als physischer, individuell bestimmter Wille. Im anderen Falle wird der staatliche Wille erst auf Grund eines juristischen Vorganges aus den Willensaktionen einer Mehrheit physischer Personen gewonnen, so daß er nicht als Wille einer individuell bestimmten, sichtbaren, lebendigen Person, sondern lediglich als Wille eines nur juristische Realität besitzenden Kollegiums erscheint. Physischer Wille und juristischer, aus physischem Willen durch Anwendung von Rechtssätzen auf eine verfassungsmäßig vorgeschriebene Art gewonnener Wille, das sind die beiden einzigen Möglichkeiten für die oberste Einteilung der Staaten."

D: RUDOLF SMEND, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform:

S. 22: „Die Lehre von der politischen Gewalt im Staate liefert einen anderen Anknüpfungspunkt. Wenn ihr Wesen darin besteht, daß durch sie der Staat zur Einheit, zu seinem eigentümlichen Wesen, zum Ganzen integriert wird, dann muß in der Eigenart dieser Integrationsfaktoren die Eigenart des Staats begründet sein, dann müssen die verschiedenen Typen der staatlichen Integrationsfaktoren die wahre Grundlage für die Klassifikation der Staatsformen liefern. Dabei stellt sich allerdings eine andere Gruppierung als die herkömmliche und insbesondere als die antike und an die antike anschließende heraus — wieso und aus welchen Gründen, soll hier kurz entwickelt werden. — Der Integrationsfaktor kann einmal wesentlich dynamisch-dialektischer Art sein: in einem Vorgang der Auseinandersetzung von Gegensätzen wird die Resultante der allgemeinen staatlichen Richtung und Wesensart immer wieder neu gewonnen; durch Kämpfe der öffentlichen Meinung und Wahlen, durch parlamentarische Erörterung und Abstimmung. Daß der Staat sich in erster Linie in dieser Form, in diesem Vorgang integriert, das macht seine Eigenart in entschiedenem Gegensatz zu allen anderen Staatsformen: insofern ist der Parlamentarismus eine Staatsform für sich."

S. 23/5: „Vom Parlamentarismus unterscheiden sich alle übrigen Staatsformen dadurch, daß der maßgebende Integrationsfaktor in ihnen wesentlich statischer Art ist. So ist das Wesent-

liche der monarchischen Staatsform nicht die herrschaftliche Natur der wichtigsten staatsrechtlichen Beziehungen gegenüber der genossenschaftlichen in der Republik, sondern die besondere Art der staatlichen Integration. Die Monarchie repräsentiert und symbolisiert die Werte, auf denen die Staatsgemeinschaft beruht, durch ihren Bestand, und darum ist hier das politisch Wesentliche indiskutabel, wie z. B. der Gebietsbestand der deutschen Einzelstaaten vor 1918 im Gegensatz zum heiligen Recht, der geschichtliche Charakter der Politik und des Staats — die Erbschaft Friedrichs des Großen und Bismarcks konnte nur ein monarchisches Deutschland so qualifizieren, wie sie es getan hat, — die geschichtliche Fülle der von ihm nach innen und nach außen repräsentierten Werte — im monarchischen Deutschand ist der Gegensatz von Potsdam und Weimar als ein Gegensatz der Landschaften empfunden worden, nicht als einer von Staat und sonstiger Kulturgemeinschaft —, endlich die außenpolitische Stellung hat die Fülle der geschichtlichen Würde gegenüber dem Auslande und doch zugleich die ‚traditionellen Freundschaften', vor allem die dynastischen Solidaritäten, mit ihm. Hier liegt die eigentliche Funktion der Monarchie, wie sie noch nachdrücklicher als die Staatstheorie die deutsche Dichtung bezeichnet hat, wenn sie den Sinn der Monarchie in ihrer tiefsten Begründung immer wieder durch den Vergleich mit der Fahne anschaulich macht: wie diese, so ist das Königtum die Symbolisierung einer im wesentlichen statischen höchsten Wertfülle der Gemeinschaft. Das Gegenstück zur Monarchie ist als staatlicher Integrationstypus die Demokratie. Die Parallele ist so oft gezogen, daß es hier nur der Andeutungen bedarf. Die echte Demokratie repräsentiert und wird zusammengehalten durch einen im wesentlichen als dauerhaft empfundenen Bestand von Werten und Wahrheiten, der ursprünglich absoluten Charakters ist und von rationalistischer Gläubigkeit Rousseauscher Art im demokratischen Volksganzen lokalisiert wird, dann aber konkretere Formen annimmt als das feststehende nationale Ethos der großen Demokratien, etwa wie es die Monroe-Doktrin dem Ethos der heiligen Allianz, das deren Interventionsakten zugrunde liegt, dem geringschätzig angedeuteten any principle satisfactory to themselves, als das eigene gegenüberstellt. Auf dieser Grundlage erwächst die — der monarchischen durchaus entsprechende, von der parlamentarischen umso weiter entfernte — Wirkungsweise des demokratischen Willens, namentlich in seiner plebiszitären Form: autoritär, unwidersprechlich, national repräsentierend und zusammenschließend."

E: Vgl. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 26, 27.

Zu § 45. A: Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 661, 666ff.

C: Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre:

S. 679/80: „Wesentliches Merkmal des Monarchen ist ausschließlich, daß er die höchste Gewalt des Staates darstellt. Das ist aber jene Gewalt, die den Staat in Bewegung setzt und erhält. Näher gefaßt besteht sie in der Sphäre freien, vom Gesetze nur begrenzten aber nicht inhaltlich bestimmten, richtunggebenden staatlichen Handelns. Also das Recht der Gesetzessanktion, d. h. der freien Entscheidung über das, was Recht werden soll, die freie, in der Pflege internationaler Beziehungen, im Vertragsschluß und dem Recht über Krieg und Frieden sich äußernde Tätigkeit nach außen, der Oberbefehl über das Heer, die Ernennung der Minister und anderer Beamten, das Recht der Begnadigung sind in der wirklichen, von Fiktionen freien Kompetenz des Monarchen enthalten. Auf diesen Gebieten besteht auch ein wahres, freies Befehlsrecht des Monarchen, das dort, wo die Verpflichtung zur Anordnung im Gesetze enthalten ist, ausgeschlossen erscheint. Nur in dem Sinne, daß die ganze Staatsordnung heute eine gesetzliche ist, das Gesetz aber einmal Inhalt des monarchischen Willens gewesen sein muß und fortdauernd als dem Willen des Gesetzgebers entspringend gedacht wird, kann man auch heute noch die gesamte Staatsgewalt als potentiell im Monarchen enthalten denken. Das ist aber nicht der lebendige Monarch, sondern die abstrakte Institution. Solange diese höchste, den Staat in Tätigkeit weeesnd und erhaltende Gewalt in der Hand eines einzigen ruht, ist der Staat Monarchie, welchaetz Geten auch immer sonst noch staatliche Zwecke versehen. Die Monarchie erlangt gerade dadurch eine so große Anpassungsfähigkeit an die verschiedensten historischen und sozialen Verhältnisse, daß die größten Unterschiede in dem realen Maße staatlicher Gewalt des Monarchen mit Begriff und Wesen der Monarchie vereinbar sind. Die dem Monarchen zustehende staatsbewegende Tätigkeit kann mit der umfassendsten, aber auch mit sehr geringer Macht über das ganze Staatsleben verknüpft sein. Eines ist aber allen Monarchien gemeinsam: mit dem Ausschalten der monarchischen Gewalt würde der Staat sofort in seinen wichtigsten Funktionen gestört erscheinen und der Anarchie anheimfallen";

Ferner Edmund Bernatzik, Republik und Monarchie, 2. Aufl., 1919, S. 44.

D: Vgl. C. F. von Gerber, Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts:

S. 83/4: „Das Recht, im einzelnen deutschen Staate Monarch zu sein, ist das angestammte, nicht erst von außen angetragene Recht der deutschen Fürsten: es ist ein Recht, dessen Ursprung in dem Erwerbskreise der fürstlichen Dynastie liegt und lediglich durch Entwicklung

der im ehemaligen fürstlichen Patrimonialrechte enthaltenen Keime zu seiner heutigen Gestaltung gelangt ist. Die ältere deutsche Landeshoheit war eine Summe einzelner Herrschaftsrechte, in deren Innehabung der Fürst im ganzen als das Subjekt einer eigentümlichen, in Land und Leuten bestehenden Vermögensmacht hervortrat; Land und Leute waren in der Rechtssphäre ihres Landesfürsten lokalisiert. Dies hat sich in einem zuerst allmählichen, dann in diesem Jahrhunderte beschleunigten Entwicklungsprozesse völlig verändert. Land und Leute sind aus der Vermögenssphäre des Fürsten herausgetreten, die Untertanen sind zu dem Begriffe des geeinten Volks mit nationalem Bewußtsein erwachsen, aus ihm ist in den neueren Verfassungsgesetzen der Staat als selbständiger persönlicher Organismus hervorgegangen, und der Landesherr hat seine ehemalige Stellung als eines außerhalb des Staates stehenden Rechtssubjekts mit der Stellung des obersten Willensorgans in ihm vertauscht. So groß und bedeutend jedoch auch diese Veränderung am Inhalte des Rechts der deutschen Fürsten ist, so hat es doch damit die Festigkeit eines historischen Individualrechts nicht verloren; ein ursprüngliches eigenes Recht hat, der politischen Entwicklung des Volkes, mit der es verbunden ist, folgend, eine tief greifende Veränderung an sich selbst vollziehen lassen, aber es hat damit den Rechtsgrund seiner Existenz nicht aufgegeben. Auch innerhalb des neuen Staatswesens bewahrt das Recht der deutschen Monarchen die Weihe und Ehrwürdigkeit altangestammten Fürstenrechts."

Ferner Otto Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien:

S. 325: „Der Monarch erscheint nicht als ein gewöhnliches Staatsglied, das nur durch die Verfassung zu einem hauptsächlichen Organ des Staatslebens bestellt wird, sondern er erscheint als das Haupt des Staatskörpers, als ein von vornherein besonders qualifiziertes, schlechthin wesentliches, durch seine innere Natur zu hervorragender Tätigkeit für das Ganze berufenes Glied. Indem das öffentliche Recht diese Stellung des Monarchen statuiert und umschränkt, legt es ihm ein eigenes Recht am Staate bei, das sich als eine sehr hoch gesteigerte Gliedpersönlichkeit innerhalb der Gesamtpersönlichkeit qualifiziert. Bezeichnet man dieses Recht des Monarchen dem historischen Gebrauch gemäß als fürstliche Souveränität, so ist dagegen nichts zu erinnern, wenn man nur daran festhält, daß diese Souveränität (soweit sie nicht überhaupt bloß Repräsentanz der Staatssouveränität ist) weder dem Staat noch dem Recht, sondern lediglich den übrigen Saatsgliedern gegenüber begründet ist. Weil das Recht der Krone nicht wie etwa das Recht des höchsten Amtes im Freistaat ein Amtsrecht, sondern ein in demselben Sinne wie etwa das Staatsbürgerrecht oder ein ständisches Recht eigenes Recht ist, muß es auch im staatsrechtlichen System unter den Grundelementen des Staatskörpers behandelt und darf nicht etwa in die Lehre von der Organisation des Staates verwiesen werden."

Und derselbe, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft:

S. 1136: „Der Monarch ist nicht bloß das oberste Organ des Staates, sondern er ist das staatsrechtliche Haupt des Volkes. Ihm ist durch das öffentliche Recht von vornherein eine schlechthin einzige Stellung im Staatskörper, eine spezifische und eigentümliche Bedeutung für das Ganze, ein unvergleichlicher persönlicher Wert beigelegt. Er ist nicht bloß eines unter den Staatsgliedern, das verfassungsmäßig zur Ausübung des staatlichen Hoheitsrechts berufen wird, sondern er unterscheidet sich von den übrigen Staatsgliedern durch die Art seiner Mitgliederschaft. Wie jeder Staatsbürger ein eigenes Recht am Staate auf gliedmäßiges Sein hat, so hat der Monarch ein eigenes Recht am Staate auf die Stelle des Hauptes. Dieses Recht, das sich als ein potenziertes Staatsbürgerrecht vorstellen läßt, ist das Fundament seiner Berufung zum höchsten Organe der Staatsgewalt."

Diese Qualifikation der monarchischen Stellung erfolgt hier nicht mit Berufung auf irgendeinen positiv-rechtlichen Inhalt, sondern gleichsam aus dem Wesen des Monarchen.

Vgl. ferner Edmund Bernatzik, Republik und Monarchie, S. 29ff.

E: Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 401.

G: Vgl. Edmund Bernatzik, Republik und Monarchie:

S. 30: „In der Monarchie liegt eben ein zwischen dem Staat und dem Monarchen geteiltes Gesamtrecht vor, wie es dergleichen Rechtsgebilde zu Tausenden in den germanischen Rechten gab und gibt. Es hat dieselbe Wesenheit, wie die zahlreichen Privatrechte auf Ämter, die in älterer Zeit so häufig waren, wie die Erbschulzen-, die Erbrichter-, die verkäuflichen Richter- und Offiziersämter, wie die noch in der heutigen Zeit vorkommende gutsherrliche Gerichts- oder Polizeigewalt oder wie das ordentliche Amt im katholischen Kirchenrechte. Die Träger aller dieser Ämter haben ein eigentumsähnliches Recht auf Amt und Einkünfte und sind trotzdem Organe des Gemeinwesens."

Ferner Adolf Merkl, Das Kriterium von Republik und Monarchie, Zeitschrift für Verwaltung, 56. Jhg. 1923, S. 63ff.

Zu § 46. A: Vgl. HERMANN REHM, Allgemeine Staatslehre, S. 191; GEORG JELLINEK, Allgemeines Staatsrecht, S. 667.

B: Vgl. GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 696f.

C: Als Beispiel dafür, wie die Theorie der konstitutionellen Monarchie deren positiv rechtlichen Tatbestand nach dem Schema und in der Terminologie der absoluten Monarchie zu deuten versucht vgl. C. F. VON GERBER, Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts. Obgleich GERBER voraussetzt, S. 143:

„das Recht der Gesetzgebung steht dem Monarchen unter Mitwirkung der Stände zu"

und S. 188:

„daß keine Verfügung des Monarchen in Regierungsangelegenheiten zur staatsrechtlichen Wirksamkeit gelangt, wenn sie nicht mit der Kontrasignatur des verantwortlichen Ministers versehen ist"

erklärt er doch:

S. 73/5: „Der Monarch ist das oberste Willensorgan des Staats. Sein Wille soll als allgemeiner Wille, als Wille des Staats gelten. In dem Monarchen wird die abstrakte Persönlichkeit der Staatsgewalt verkörpert. Und zwar soll sich nach dem früheren deutschen Bundesrechte wie nach dem Rechte der einzelnen Verfassungen die Vertretung des Staatswillens in dem Willen des Monarchen auf den ganzen und ungeteilten Umfang der Staatsgewalt erstrecken. Was also der Potenz nach die Staatsgewalt selbst rechtlich vermag, das ist auch der Inhalt des Willensrechts des Monarchen, und gelangt in seinem Willen zur wirklichen Erscheinung; so wie das Herrschaftsrecht des Staats sich in seiner Hand zum persönlichen Herrschaftsrechte gestaltet, so wird die Pflicht der Staatsbürger gegen den Staat zur persönlichen Treuverpflichtung gegen den Monarchen."

S. 75: „Wo daher insbesondere der monarchische Wille von der Voraussetzung ständischer Zustimmung bedingt ist, gilt er als solcher rechtlich erst dann, wenn er diese Zustimmung in sich aufgenommen hat."

S. 121: „Sonach bedarf der Staat noch ein besonderes Organ, welches die beiden Aufgaben erfüllt, die Rechtmäßigkeit des Regierens zu sichern und die sittlichen Überzeugungen des Volks zum unmittelbaren und wirksamen Ausdruck zu bringen. Dieses Organ sind die Landstände; ihre Aufgabe ist nicht: zu herrschen, sondern beschränkend zu dem herrschenden Willen des Monarchen hinzuzutreten, so daß dieser erst zu rechtlicher Existenz gelangt, wenn er da, wo die Verfassung fordert, den Willen der Landstände in sich aufgenommen hat."

S. 124/5: „Ihre Aufgabe ist, unter dem Herrscherwillen des Monarchen den Anteil des Volks an der Bestimmung des Staatswillens zur Geltung zu bringen."

S. 125/6: „Sie haben ein Recht der Mitwirkung bei der Gesetzgebung, und zwar so, daß ein Gesetz ohne ihre Zustimmung nicht entstehen kann; sie haben ein Recht der Mitwirkung zur Feststellung des Staatshaushalts, insbesondere bedarf die Auflegung von Steuern ihrer Zustimmung; zur Begründung von Staatsschulden, zur Veräußerung von Staatsgütern ist ihre Genehmigung erforderlich; außerdem haben sie ein allgemeines Beschwerde-, Antrags- und Petitionsrecht, welches sich auf alle Teile der Staatsverwaltung erstreckt, sowie nicht minder das Recht der Ministeranklage; hierzu kommen dann noch besondere Befugnisse aus Anlaß eines Thronwechsels, des Eintritts einer Regentschaft und anderer außerordentlicher, das Staatsinteresse berührender Ereignisse. Die Gesamtheit aller dieser Rechte soll aber so geartet sein, daß dadurch die Vereinigung der ganzen Staatsgewalt in der Hand des Monarchen nicht gestört wird, vielmehr soll sie nur die Bedeutung haben, daß das Staatsoberhaupt in der Ausübung bestimmter Rechte an die Zustimmung der Stände gebunden ist."

Andererseits muß GERBER wieder zugeben, daß „der Wille des Staates" „durch die Wirksamkeit seiner beiden Organe" — Monarch und Parlament (Stände) — zustandekommt (S. 139). Da GERBER als Staatsorgane nur Monarch und Parlament gelten läßt, spricht er den Staatsbeamten, und daher auch den Ministern den Charakter von Staatsorganen ab.

S. 108: „Sie sind Diener und Gehilfen des Monarchen als solchen; sie entlehnen Motive ihres amtlichen Handelns aus seinem Willen, insofern er sich nach ordnungsmäßiger Verkündigung und Mitteilung als Gesetz, Verordnung oder Instruktion, als Wille des Staats darstellt. Dieser letztere Gesichtspunkt ist es, welcher in ihrer Beziehung als Staatsdiener hervortritt."

Der Widerspruch zwischen dem vorausgesetzten positivrechtlichen Tatbestand und der als Deutungsschema fungierenden Ideologie ist offenbar. Und dieser Widerspruch ist das charakteristische Merkmal der konstitutionellen Theorie.

Vgl. auch GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 683.

S. 683: „Ist demnach der Satz: alle Gewalt ist notwendig beim Könige, unrichtig, so gilt doch von allen Monarchien, selbst von denjenigen, die das demokratische Prinzip in ihren Verfassungen verkündigt haben, daß alle staatlichen Funktionen ihren Ausgangspunkt und daher auch ihren Einigungspunkt im Monarchen haben."

S. 683: „In der Monarchie müssen daher alle übrigen Organe dem Monarchen zwar nicht notwendigerweise untergeordnet, aber doch mindestens nach der Richtung von ihm abhängig sein, daß entweder ihre Tätigkeit, ihr ununterbrochenes Funktionieren, oder doch die Verleihung der Gesetzeskraft an ihre Beschlüsse von seinem Willen abhängt."

S. 699: „Die konstitutionell Meonarchie ist ein Typus des unitarisch gebauten Staates zum Unterschied von der dualistisch gearteten ständischen Monarchie. Neben und unter dem mit der maior potestas ausgerüsteten König stehen das Parlament oder die Kammern als unmittelbare Staatsorgane."

Zu § 47. Vgl. Julius Hatschek, Allgemeines Staatsrecht, II. Teil. Ferner Georg Meyer, Das parlamentarische Wahlrecht, 1901.

Zu § 48. Vgl. Julius Hatschek, Allgemeines Staatsrecht, II. Teil.

B: Vgl. Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1923, S. 24ff., 37ff.

C: Vgl. C. F. von Gerber, Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts, S. 136.

E: Vgl. meine Schrift: Das Problem des Parlamentarismus, Wien 1925; ferner: Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des modernen Parlamentarismus, und die dort zitierte Literatur. Insbesondere

S. 9/10: „Das wissenschaftliche Interesse der folgenden Untersuchung ist . . . darauf gerichtet. . . . zu versuchen, den letzten Kern der Institution des modernen Parlaments zu treffen. Dadurch wird sich von selbst ergeben, wie wenig den heute herrschenden politischen und sozialen Gedankengängen die systematische Basis, aus welcher der moderne Parlamentarismus entstand, überhaupt noch faßbar ist, wieweit die Institution geistesgeschichtlich ihren Boden verloren hat und nur noch als ein leerer Apparat, kraft einer bloß mechanischen Beharrung, mole sua, aufrecht steht."

S. 22/24: „Die ratio des Parlaments liegt, nach der treffenden Bezeichnung von Rudolf Smend, im ‚Dynamisch-Dialektischen', d. h. in einem Prozeß der Auseinandersetzung von Gegensätzen und Meinungen, aus dem sich der richtige staatliche Wille als Resultat ergibt. Das Wesentliche des Parlaments ist also öffentliches Verhandeln von Argument und Gegenargument, wobei zunächst noch nicht an Demokratie gedacht zu werden braucht. Der absolut typische Gedankengang findet sich bei dem absolut typischen Repräsentanten des Parlamentarismus, bei Guizot: Ausgehend vom Recht (als dem Gegensatz zur Macht) zählt er als Wesensmerkmale des die Herrschaft des Rechts garantierenden Systems auf: I. daß die ‚pouvoirs' immer gezwungen sind, zu diskutieren und dadurch gemeinsam die Wahrheit zu suchen; 2. daß die Öffentlichkeit des ganzen staatlichen Lebens die ‚pouvoirs' unter die Kontrolle der Bürger stellt; 3. daß die Preßfreiheit dieBürger veranlaßt, selbst die Wahrheit zu suchen und sie dem pouvoir zu sagen. Das Parlament ist infolgedessen der Platz, an dem die unter den Menschen verstreuten, ungleich verteilten Vernunftpartikeln sich sammeln und zur öffentlichen Herrschaft bringen. Das scheint eine typisch rationalistische Vorstellung zu sein. Doch wäre es unvollständig und ungenau, das moderne Parlament als eine aus rationalistischem Geist entstandene Institution zu definieren. Seine letzte Rechtfertigung und seine epochale Evidenz beruhen darauf, daß dieser Rationalismus nicht absolut und unmittelbar, sondern in einem spezifischen Sinne relativ ist. Gegen jenen Satz von Guizot hatte Mohl eingewendet: wo ist irgendeine Sicherheit, daß gerade im Parlament die Träger der Vernunftbruchstücke sind? Die Antwort liegt in dem Gedanken der freien Konkurrenz und der prästabilierten Harmonie, die allerdings in der Institution des Parlaments, wie überhaupt in der Politik, oft in kaum erkennbaren Verkleidungen auftreten. Es ist notwendig, den Liberalismus als konsequentes, umfassendes, metaphysisches System zu sehen. Gewöhnlich erörtert man nur die ökonomische Schlußfolgerung, daß aus der freien wirtschaftlichen Konkurrenz privater Individuen, aus Vertragsfreiheit, Handelsfreiheit, Gewerbefreiheit, die soziale Harmonie der Interessen und der größtmögliche Reichtum sich von selbst ergeben. Das ist aber nur ein Anwendungsfall des allgemeinen liberalen Prinzips. Es ist durchaus dasselbe, daß aus dem freien Kampf der Meinungen die Wahrheit entsteht als die aus dem Wettbewerb von selbst sich ergebende Harmonie. Hier liegt auch der geistige Kern dieses Denkens überhaupt, sein spezifisches Verhältnis zur Wahrheit, die zu einer bloßen Funktion eines ewigen Wettbewerbs der Meinungen wird. Der Wahrheit gegenüber bedeutet es den Verzicht auf ein definitives Resultat. Deutschem Denken ist diese ewige Diskussion in der romantischen Vorstellung des

ewigen Gesprächs zugänglicher gewesen, und es darf hier beiläufig bemerkt werden, daß sich die ganze ideengeschichtliche Unklarheit der üblichen Auffassungen über die deutsche politische Romantik, die als konservativ und antiliberal bezeichnet wird, schon an diesem Zusammenhang verrät. Redefreiheit, Preßfreiheit, Versammlungsfreiheit, Diskussionsfreiheit sind also nicht nur nützliche und zweckmäßige Dinge, sondern eigentliche Lebensfragen des Liberalismus. Guizot hat in seiner Aufzählung der drei Merkmale des Parlamentarismus neben der Diskussion und der Öffentlichkeit die Preßfreiheit als drittes, besonderes Moment genannt. Man sieht leicht, daß Preßfreiheit nur ein Mittel für Diskussion und Öffentlichkeit ist, also eigentlich kein selbständiges Moment. Aber sie ist für die beiden anderen charakteristischen Merkmale das charakteristische Mittel, und so rechtfertigt es sich, daß Guizot sie besonders hervorhebt. Wird die zentrale Bedeutung, welche der Diskussion im liberalen System zukommt, richtig erkannt, so erhalten zwei für den liberalen Rationalismus charakteristische politische Forderungen ihre richtige Bedeutung und werden aus der unklaren Atmosphäre von Schlagworten und politisch-taktischen Zweckmäßigkeitserwägungen zu wissenschaftlicher Klarheit erhoben: das Postulat der Öffentlichkeit des politischen Lebens und die sog. Gewaltenteilungslehre, richtiger die Lehre von der Balancierung entgegengesetzter Kräfte, aus welcher Balancierung sich das Richtige als Gleichgewicht von selbst ergeben soll."

S. 27/8: „Die Freiheit der Meinung ist eine Freiheit von Privatleuten und ist notwendig für die Konkurrenz, aus der sich die prästabilierte Harmonie ergibt. Im modernen Parlamentarismus verbindet sich dieser Glaube an die öffentliche Meinung mit einer zweiten institutionellen Vorstellung, der Balancierung der verschiedenen Staatstätigkeiten und Instanzen. Auch hier wirkt die Vorstellung einer gewissen Konkurrenz mit, aus der sich als Resultat das Richtige ergibt."

S. 29: „Unter dem suggestiven Einfluß einer Kompendientradition, die Montesquieus Lehre von der Gewaltenteilung banalisiert, hat man sich daran gewöhnt, immer nur zu sehen, daß das Parlament als ein Teil der staatlichen Funktionen anderen Teilen (Exekutive und Justiz) entgegengesetzt wird. Das Parlament soll aber nicht nur ein Glied der Balance, sondern gerade, weil es Legislative ist, in sich wieder balanciert sein. Das beruht auf einer Denkweise, die überall eine Vielheit schafft, um in einem System von Vermittlungen ein aus immanenter Dynamik sich ergebendes Gleichgewicht an die Stelle einer absoluten Einheit zu setzen. Nicht nur, daß die Legislative selbst wieder in einem Zweikammersystem oder durch förderalistische Einrichtungen balanciert und mediiert wird, sondern innerhalb jeder Kammer wird infolge eines besonderen Rationalismus eine Balancierung von Interessen und Meinungen in Funktion gesetzt. Eine Opposition gehört zum Wesen des Parlaments und jeder Kammer, und es ergibt tatsächlich eine Metaphysik des Zweiparteiensystems."

Schmitt unterscheidet zwischen einem absoluten und einem relativen Rationalismus, von denen jener zum Unterschied von diesem die Balancetheorie ablehnt und zu einer „Diktatur der Vernunft" führt:

S. 35: „Gemeinsam ist beiden die Identifikation von Gesetz und Wahrheit; aber der relative Rationalismus der Balancentheorie beschränkt sich auf Legislative und Parlament, konsequenterweise innerhalb des Parlaments wieder auf eine nur relative Wahrheit. Eine durch den Gegensatz der Parteien bewirkte Balancierung der Meinungen kann sich infolgedessen niemals auf absolute Fragen der Weltanschauung erstrecken, sondern nur Dinge betreffen, die ihrer relativen Natur nach für einen derartigen Prozeß geeignet sind. Kontradiktorische Gegensätze heben den Parlamentarismus auf, und seine Diskussion setzt eine gemeinsame, nicht diskutierte Grundlage voraus. Weder die Staatsgewalt noch irgendeine metaphysische Überzeugung darf in unmittelbarer Apodiktizität auftreten; alles muß in dem absichtlich komplizierten Prozeß der Balancierung vermittelt werden. Das Parlament aber ist der Platz, wo man deliberiert, d. h. in einem diskursiven Vorgang, durch die Erörterung von Argument und Gegenargument, die relative Wahrheit gewinnt. Wie für den Staat eine Mehrheit der Gewalten notwendig ist, so braucht jede parlamentarische Körperschaft eine Mehrheit von Parteien."

Und schließlich:

S. 39/40: „Engere und engste Ausschüsse von Parteien oder von Parteikoalitionen beschließen hinter verschlossenen Türen, und was die Vertreter großkapitalistischer Interessenkonzerne im engsten Komitee abmachen, ist für das tägliche Schicksal von Millionen Menschen vielleicht noch wichtiger als jene politischen Entscheidungen. Im Kampf mit der Geheimpolitik absoluter Fürsten ist der Gedanke des modernen Parlamentarismus, die Forderung einer Kontrolle und der Glaube an Öffentlichkeit und Publizität entstanden; das Freiheits- und Gerechtigkeitsgefühl der Menschheit empörte sich gegen eine Arkanpraxis, die in geheimen Beschlüssen über das Schicksal der Völker entschied. Aber wie harmlos und idyllisch sind die Objekte jener Kabinettspolitik des 17. und 18. Jahrhunderts neben den Schicksalen, um die es sich heute handelt, und die heute der Gegenstand aller Arten von Geheimnissen sind. Vor dieser Tatsache mußte der Glaube an die diskutierende Öffentlichkeit eine furchtbare Desillusion erfahren. Es gibt heute sicher nicht viele Menschen, die auf die alten liberalen Freiheiten, auf Rede- und Preßfreiheit

verzichten wollen. Auf dem europäischen Kontinent werden trotzdem nicht mehr viele sein, die glauben, jene Freiheiten existierten noch, wo sie den Inhabern der wirklichen Macht wirklich gefährlich werden könnten. Am wenigsten wird es noch den Glauben geben, daß aus Zeitungsartikeln, Versammlungsreden und Parlamentsdebatten die wahre und richtige Gesetzgebung und Politik entstehe. Das ist aber der Glaube an das Parlament selbst. Sind Öffentlichkeit und Diskussion in der tatsächlichen Wirklichkeit des parlamentarischen Betriebes zu einer leeren und nichtigen Formalität geworden, so hat auch das Parlament, wie es sich als Institut bisher entwickelt hat, seine geistesgeschichtliche Grundlage und seinen Sinn verloren." (Die Sperrungen fehlen im Original.)

Schmitts Argumentation trifft nur unter der Voraussetzung zu, daß die geistige Grundlage des Parlamentarismus, das metaphysische Prinzip der prästabilierten Harmonie, also eine Idee des Absoluten ist. Indem aber Schmitt zwar einerseits gerade von dieser Voraussetzung ausgeht und seine Ablehnung des Parlamentarismus, wie besonders die letztzitierte Stelle zeigt, darauf gründet, daß aus Parlamentsdebatten die „wahre und richtige" Gesetzgebung und Politik nicht entstehen könne, andererseits aber doch auch den relativistischen Grundcharakter der demokratisch-parlamentarischen Ideologie zugeben muß, bricht er seiner — im übrigen sehr geistreichen — Beweisführung selbst die Spitze ab.

Ferner Oswald Spengler, Der Untergang des Abendlandes, II. Bd., und Otto Koellreutter, Die Staatslehre Oswald Spenglers, 1924.

Ferner Ernst Viktor Zenker, Der Parlamentarismus, sein Wesen und seine Entwicklung, 1914, S. 22ff., 35, 99f.

Zum Problem der berufsständischen Vertretung: Heinrich Herrfahrdt, Das Problem der berufsständischen Vertretung von der französischen Revolution bis zur Gegenwart, 1921, S. 36, 47, 53, 55, 83f. Und Edgar Tatarin-Tarnheyden, Die Berufsstände, ihre Stellung im Staatsrecht und die Deutsche Wirtschaftsverfassung, 1922, insbesondere S. 239.

Zu § 49. Vgl. Adolf Merkl, Demokratie und Verwaltung, 1923, und die dort angeführte Literatur.

A: Vgl. Hermann Rehm, Allgemeine Staatslehre, S. 180, 181; Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, S. 259ff., insbesondere S. 261:

S. 261: „Mit dem Augenblick, wo erkannt wurde, daß die zweite Hauptfunktion, die Regierung, nicht nur, wie z. B. Locke und Montesquieu annahmen, eine mechanische ‚Exekutive' des Gesetzeswillens, sondern eine freischöpferische Willensentfaltung innerhalb der Schranken des Gesetzes sei, — in diesem Augenblick mußte klar werden, daß in der Regierung ein Zusammenwirken mehrerer Organe nicht möglich sei. Die Akte der Regierung oder Zentralverwaltung müssen fortlaufend, und zwar augenblicklich vorgenommen werden, wenn nicht die Staatstätigkeit und damit das Staatsleben überhaupt stocken oder ganz aufhören soll. Das Zustandekommen eines Regierungsaktes kann also nicht von einer Willensübereinstimmung mehrerer Willen abhängig gemacht werden, ohne zum Spiel des Zufalls zu werden. Für die Einsetzung eines neuen Ministers oder die Wiederbesetzung unterer Verwaltungsstellen, für die Stellungnahme zu einer kriegerischen Verwicklung oder einer innerstaatlichen Beunruhigung, für eine Maßregel zum Schutz des Handels und des ländlichen Notstands oder für einen neuen Straßenbau kann also immer nur ein Wille maßgebend sein, — z. B. der des Monarchen oder der oligarchischen Gruppe; und wenn hierzu eine Mitwirkung eines anderen Organs — eines Parlamentes oder einer Volksversammlung — stattzufinden scheint, so bedeutet sie in Wahrheit nur jene dritte Grundtätigkeit, — jene Kontrolle oder Überwachung, ob sich die Regierung in den Schranken des Rechts halte."

Zu § 50. Vgl. meine Schrift: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1920; ferner Adolf Menzel, Demokratie und Weltanschauung. Zeitschrift für öffentl. Recht, II. Bd., 1924, S. 701ff.

Sachverzeichnis.



Druck von Oscar Brandstetter in Leipzig.

Von dem gleichen Verfasser erschienen ferner:

Im Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen:

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz. 2. Auflage 1923.

Über Grenzen zwischen soziologischer und juristischer Methode. 1911.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. 1920.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. 1922. 2. Auflage in Vorbereitung.)

Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1920.

Österreichisches Staatsrecht. 1923.

Im Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig:

Sozialismus und Staat. 2. Auflage. 1923.

Marx oder Lassalle. 1924.

Im Verlag von Franz Deuticke, Wien:

Die Staatslehre des Dante Alighieri. 1905.

Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. ein Kommentar. Band I—V. 1919—1921.

Rechtswissenschaft und Recht. 1922.

Im Verlag von Wilhelm Braumüller, Wien:

Das Problem des Parlamentarismus. 1925.

Allgemeine Staatslehre. Von Prof. Dr. **Georg Jellinek** †, Heidelberg. Dritte Auflage, unter Verwertung des handschriftlichen Nachlasses durchgesehen und ergänzt von Dr. Walter Jellinek, Professor der Rechte an der Universität Kiel. Vierter, um ein durchgesehenes Verzeichnis der Neuerscheinungen vermehrter, unveränderter Neudruck der Ausgabe von 1914. (879 S.) 1922. 20 Goldmark; gebunden 23 Goldmark

System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts. Von Dr. **Karl Kormann.** (453 S.) 1910. Unveränderter Neudruck. 1925. 24 Goldmark

Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung. Von Dr. **Ernst von Hippel,** Privatdozent an der Universität Heidelberg. (155 S.) 1924. 7.50 Goldmark

Das Völkerrecht. Systematisch dargestellt. Von **Franz von Liszt.** Zwölfte Auflage, bearbeitet von Prof. Dr. **Max Fleischmann,** ord. Professor der Rechte an der Universität Halle. Erscheint im Juli 1925.

Rechtskraft und Rechtsgeltung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Von Dr. jur. **Gerhart Husserl,** Gerichtsassessor, Privatdozent an der Universität Bonn. Erster Band: **Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung.** (212 S.) 1925. 12 Goldmark

Die staatsrechtliche Stellung der Reichsregierung sowie des Reichskanzlers und des Reichsfinanzministers in der Reichsregierung. Von Dr. sc. pol. et jur. **Friedrich Glum,** Privatdozent an der Universität Berlin. (61 S.) 1925. 3 Goldmark

Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät.

I. **Das materielle Ausgleichsrecht des Versailler Friedensvertrages** unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsbeziehungen zu Frankreich und England. Von Dr. **Hans Dölle,** Professor an der Universität Bonn a. Rh. (170 S.) 1925. 9.60 Goldmark

Auslandsrecht. Blätter für Industrie und Handel. Organ des Instituts für ausländisches Recht beim Reichsverband der Deutschen Industrie. Herausgeber Dr. **Heinrich Titze,** Dr. **Martin Wolff,** Professoren der Rechte an der Universität Berlin. Erscheint monatlich in einzeln berechneten Heften.

Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft

Herausgegeben von

Dr. Eduard Kohlrausch
Professor an der Universität Berlin

Dr. Walter Kaskel
Professor an der Universität Berlin

Dr. Arthur Spiethoff
Professor an der Universität Bonn

Die Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft bietet dem Studierenden kurze Anleitungen zum Lernen, die eine Grundlage für das Studium auf allen Einzelgebieten darstellen und durch die lesbare Form, in der der Lehrstoff behandelt wird, weitgehende Anregungen zur selbständigen Weiterarbeit vermitteln. Die Enzyklopädie ist somit in erster Linie ein kurzgefaßtes Studenten-Lehrbuch. Die behandelten Materien schließen sich eng an die regelmäßig im akademischenLehrplan erscheinenden Lehrfächer an, so daß jedes Kapitel auch von dem Dozenten seinen Vorlesungen als Abriß zugrunde gelegt werden kann.

Das Unternehmen setzt sich in der folgenden Weise zusammen:

Rechtsphilosophie

*1. **Rechtsphilosophie.** Von Prof. Dr. jur. et phil. **Max Ernst Mayer †,** Frankfurt a. M. 4 Goldmark

Rechtsgeschichte

2. **Römische Rechtsgeschichte und System des Römischen Privatrechts.** Von Prof. Dr. **Paul Jörs,** Wien.
3. **Römischer Zivilprozeß.** Von Prof. Dr. **Leopold Wenger,** München.
4. **Deutsche Rechtsgeschichte.** Von Prof. Dr. **A. Zycha,** Bonn.
5. **Grundzüge des deutschen Privatrechts.** Von Prof. Dr. **Hans Planitz,** Köln a. Rh.
*6. **Rechtsentwicklung in Preußen.** Von Prof. Dr. **Eberhard Schmidt,** Breslau. 1.80 Goldmark

Zivilrecht und Zivilprozeß

*7. **Bürgerliches Recht.** Allgem. Teil. Von Geh. Justizrat Prof. Dr. **Andreas von Tuhr,** Zürich. 2.80 Goldmark
*8. **Recht der Schuldverhältnisse.** Von Prof. Dr. **Heinrich Titze,** Berlin. 4.80 Goldmark
*9. **Sachenrecht.** Von Prof. Dr. **Julius von Gierke,** Halle a. S. 6.60 Goldmark
*10. **Familienrecht.** Von Prof. Dr. **Heinrich Mitteis,** Heidelberg. 2.80 Goldmark
*11. **Erbrecht.** Von Prof. Dr. **Julius Binder,** Göttingen. 3.20 Goldmark
*12. **Handels- und Wechselrecht.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. **Karl Heinsheimer,** Heidelberg. 3.60 Goldmark
*13. **Privatversicherungsrecht.** Von Geh. Hofrat und Geh. Justizrat Prof. Dr. **Victor Ehrenberg,** Göttingen. 1.50 Goldmark
*14. **Urheber- und Erfinderrecht.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. **Philipp Allfeld,** Erlangen. 1.40 Goldmark
*15. **Internationales Privatrecht.** Von Prof. Dr. **Karl Neumeyer,** München. 1.60 Goldmark
16. **Einwirkung des Friedensvertrages auf die Privatrechtsverhältnisse.** Von Prof. Dr. **Josef Partsch,** Berlin.
17. **Zivilprozeßrecht.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. **Ernst Jaeger,** Leipzig.
*18. **Konkursrecht.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. **Ernst Jaeger,** Leipzig. 6.90 Goldmark
19. **Freiwillige Gerichtsbarkeit.** Von Prof. Dr. **Friedrich Lent,** Erlangen.

Strafrecht und Strafprozeß

20. **Strafrecht.** Von Prof. Dr. **Eduard Kohlrausch,** Berlin.
*21. **Strafprozeßrecht.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. **Karl von Lilienthal,** Heidelberg. 3.20 Goldmark
22. **Kriminalpolitik.** Von Prof. Dr. **Ernst Rosenfeld,** Münster i. W.

(Siehe auch umstehend.)

Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften

(Siehe auch umstehend.)

Öffentliches Recht

24. **Deutsches Staatsrecht (Reichs- und Landesstaatsrecht).** Von Prof. Dr. **Erwin Jacobi,** Leipzig.
25. **Verwaltungsrecht.** Von Prof. Dr. **Walter Jellinek,** Kiel.
*26. **Österreichisches Verfassungsrecht.** Von Minist.-Rat Prof. Dr. **Leo Wittmayer,** Wien. 1.60 Goldmark
*27. **Ausländisches Staatsrecht.** Von Prof. Dr. **Hans Gmelin,** Gießen und Prof. Dr. **Otto Koellreutter,** Jena. 3 Goldmark
*28. **Steuerrecht.** Von Prof. Dr. **Albert Hensel,** Bonn a. Rh. 9.60 Goldmark
29. **Kirchenrecht.** Von Geh. Justizrat Prof. Dr. **Erwin Ruck,** Basel.
30. **Völkerrecht.** Von Prof. Dr. **Heinrich Pohl,** Tübingen.

Arbeits- und Wirtschaftsrecht

*31. **Arbeitsrecht.** Von Prof. Dr. **Walter Kaskel,** Berlin. 15 Goldmark
31a. **Soziales Versicherungsrecht.** Von Prof. Dr. **Walter Kaskel,** Berlin.
31b. **Fürsorgerecht.** Von Stadtrat Dr. **A. Muthesius,** Berlin.
32. **Wirtschaftsrecht.** Von Prof. Dr. **Walter Kaskel,** Berlin und Professor Dr. **Hans Carl Nipperdey,** Jena.

Allgemeine Volkswirtschaftslehre

33. **Allgemeine Volkswirtschaftslehre.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. **Otto von Zwiedineck-Südenhorst,** München.
*34. **Geschichte der Volkswirtschaftslehre.** Von Professor Dr. **Edgar Salin,** Heidelberg. 1.80 Goldmark
*35. **Die Ordnung des Wirtschaftslebens.** Von Geh. Reg.-Rat Prof. Dr. **Werner Sombart,** Berlin. 3.60 Goldmark
36. **Geld und Währung.** Von Prof. Dr. **Arthur Spiethoff,** Bonn a. Rh.
37. **Kredit und Banken (Kapital und Geldmarkt).** Von Prof. Dr. **Arthur Spiethoff,** Bonn a. Rh.

Besondere Volkswirtschaftslehre

38. **Landwirtschaft (Landwirtschaftl. Betrieb und Agrarpolitik).** Von Prof. Dr. **Otto Auhagen,** Berlin.
39. **Gewerbepolitik.** Von Geh. Leg.-Rat Prof. Dr. **Wiedenfeld,** Leipzig.
40. **Handel (innerer und äußerer).** Von Prof. Dr. **Erwin von Beckerath,** Köln a. Rh.
41. **Verkehr.** Von Prof. Dr. **Erwin von Beckerath,** Köln a. Rh.
42. **Versicherungswesen.** Von Prof. Dr. **Hanns Dorn,** München.
43. **Sozialpolitik.** Von Prof. Dr. **Gerhard Kessler,** Jena.
44. **Wohlfahrtspflege und Armenwesen.** Von Prof. Dr. **Gerhard Kessler,** Jena.

Finanzwissenschaft

45. **Finanzwissenschaft.** Von Prof. Dr. **Hans Teschemacher,** Königsberg i. Pr.

Nachbargebiete der Volkswirtschaftslehre

46. **Statistik.** Von Präsident Prof. Dr. **Friedrich Zahn,** München.
47. **Wirtschaftsgeschichte.** Von Prof. Dr. **Hermann Aubin,** Bonn a. Rh.
48. **Gesellschaftslehre.** Von Prof. Dr. **Karl Brinkmann,** Heidelberg.
49. **Wirtschaftsgeographie.** Von Prof. Dr. **Otto Quelle,** Bonn a. Rh.
50. **Betriebswirtschaftslehre.** Von Prof. Dr. **Walter Mahlberg,** Göteborg.
*51a. **Chemische Technologie.** Von Prof. Dr. **Arthur Binz,** Berlin. 3.90 Goldmark
51b. **Physikalische Technologie.** Von Prof. Dr. **F. F. Martens,** Berlin.

Die mit * bezeichneten Bände liegen fertig vor, die übrigen befinden sich in Arbeit.

Subskribenten auf sämtliche Lieferungen erhalten die einzelnen Lieferungen je nach Erscheinen zu einem gegenüber dem Ladenpreis um 10% ermäßigten Vorzugspreise.

